Pedro Barretto

Como se preparar para a 2.ª FASE

EXAME de ORDEM

TRIBUTÁRIO

TEORIA e PRÁTICA

PRÁTICA FORENSE TRIBUTÁRIA

- Teoria – passo a passo
- Modelos de peças
- Questões oficiais comentadas
- Anexo com as súmulas do STF e STJ em matéria tributária

Coordenação
Vauledir Ribeiro Santos

5.ª edição
revista, atualizada e ampliada

Como se preparar para a **2.ª FASE**

EXAME de ORDEM

TRIBUTÁRIO

gen
Grupo
Editorial
Nacional

Pedro Barretto

Como se preparar para a 2.ª FASE

EXAME de ORDEM

TRIBUTÁRIO

5.ª edição

revista, atualizada e ampliada

SÃO PAULO

DEDICATÓRIA AOS MEUS FILHOS

Meus amados amigos e amigas, alunos e alunas, colegas do magistério e da advocacia, diletos leitores,

Quero pedir licença a todos vocês que adquiriram esta obra para, aqui, nesse diminuto espaço, registrar uma singela mensagem, por via da qual gostaria de dedicar este livro a duas pessoas especiais, que me deram os dois ensinamentos mais valiosos que eu pude lograr em toda a minha vida. Quero dedicar todo este trabalho aos pequeninos Pedro Madeira Barretto e Laís Madeira Barretto, meus abençoados anjinhos, os quais, nesse momento em que escrevo esta segunda edição, aos 33 anos da minha intensa e corrida vida, contam com quatro e dois anos de vida, respectivamente. É para vocês, Pedrinho e Laisinha, que dedico esse humilde trabalho, por meio do qual procuro ajudar tantos alunos e alunas desse Brasil inteiro, bacharéis em Direito, no caminho da realização do sonho da aprovação no Exame de Ordem, carimbando o passaporte para inaugurarem suas vidas na profissão da advocacia.

Você, Pedrinho, meu primeiro filho, um príncipe abençoado, homem, como eu sempre sonhei e a Deus pedi, carregando o nome de seu avô, que me foi dado e por você é carregado, Pedro Barretto, chegou para me fazer experimentar a mais intensa sensação que um dia um homem pode conhecer: ser PAI. Nossa... falta o ar, some o fôlego, desaparecem as palavras, perco o chão e não equilibro o raciocínio quando tento escrever algo que seja capaz de exprimir um mínimo pedacinho desse gigantesco sentimento que você, por simplesmente ter nascido, me fez descobrir... Você, filho, me fez, pela primeira vez em toda a minha vida, muito intensamente vivida nos seus primeiros 29 anos, idade que tinha quando você chegou, descobrir, na pele, na alma, no coração, o que significa viver o tal do *amor incondicional*. Algo do que eu ouvia falar, que eu pensava poder dimensionar, em que eu acreditava quando via meu pai e minha mãe praticarem certos atos mágicos, sublimes, fascinantes, em relação a mim, os quais, salvo por força desse tal *amor incondicional*, jamais seriam explicáveis. Pois é, a sua chegada, filho, a esse mundo, no ano de 2007, me fez experimentar esse bombástico e ultraintenso sentimento, o qual não tem dimensões mensuráveis, projeção que jamais pode ser exaurida em ideia ou linguagem, que rompe todas as fronteiras e limites que possam ser pensados, o qual não se enxerga, não se define, não se explica, apenas se sente. E eu, filho, seu Pai, só pude descobrir o que significa sentir o tal do *amor incondicional* por força da sua chegada a esse mundo. É maravilhoso, mágico, sublime, sentir esse amor por você. Profundo, pleno, total... arf... só de pensar em você dessa maneira, para aqui escrever lhe homenageando, eu choro. Um dia, filho, você aprenderá a ler, e compreenderá um pouquinho do que significa isso. E, quando já mais velho, me der netos, entenderá com perfeição o que nesse momento você me faz sentir. Nesse instante, apenas pelo fato de pensar em você, falar de você, sentir esse amor, as lágrimas

escorrem intensamente dos meus olhos, demonstrando a forma mais verdadeira de falar com a linguagem do coração. É com esse choro de felicidade que posso dizer: Te amo! Você me ensinou, com seu sorriso, seu abraço, sua entrega, sua carência, seu carinho... que a vida faz sentido sim. Que por mais que tudo e qualquer coisa possa acontecer, sempre, sempre, sempre terei pelo menos um motivo para ser feliz: VOCÊ! Independentemente de qualquer coisa, sempre louvarei a Deus por essa glória...VOCÊ!!! Não importa qual seja o nível de sacrifício ou a intensidade de renúncia e entrega, mas, se for para te fazer feliz, com saúde, tenha certeza absoluta de que superarei todo e qualquer limite. Por você. *Incondicionalmente!* Um dia me disseram algo em que acreditei. Disseram-me que "ninguém morre por ninguém". Por você, filho, assim como viverei intensamente cada dia oferecendo o meu melhor, seria capaz de morrer sem medo ou dúvida. E se pudesse pedir um milagre a Deus, pediria apenas para voltar, somente pela chance de morrer novamente por você.

Nesse mundo competitivo, em que pessoas ambiciosas e de sucesso são muito mais invejadas do que louvadas, agredidas e feridas com lanças maldosas e covardes desferidas por pessoas fracas de espírito e que não levam o amor de Jesus em seus corações, pessoas que se entregam aos sentimentos vilões da alma, como a usura, o egoísmo, a inveja, a vingança, o rancor, o ódio, a maldade, você passou a ser para mim, acredite, o meu mais poderoso escudo protetor. E é incrível... logo você, meu bebê, a quem tanto procuro proteger, passou a ser minha mais imperfurável blindagem. O amor que emana de seu olhar passou a ser minha força motora, meu alicerce, estando tatuado como permanente lembrança em minha mente sempre que atravessei momentos difíceis nesses últimos quatro anos. E esse amor, com uma força que não tenho palavras para explicar a estrondosa envergadura, migrou de seus olhos para meu coração, e virou o combustível a me impulsionar em cada momento de dor e suplício; o dínamo que me fez erguer do chão nas muitas vezes em que fui covardemente derrubado e atropelado, até mesmo, em alguns momentos, perversamente humilhado, e foi a capacidade de sentir em minha alma esse seu amor, que não me deixou recuar quando a lógica me sugeria retroceder, ou, ao menos, parar. Lembrar-me de você, pensar em você, *sentir* o *seu amor*, amor puro, perfeito, inocente, latente, erosivo, voraz, ilimitado, virou, creia, filho, minha mais forte arma. E no manuseio do seu amor, guiado única e exclusivamente *pelo seu amor*, pensando em, *por e para esse seu amor*, buscar o melhor para você é que, em todas as situações de adversidades, encontrei dentro de minhas entranhas uma força sobrenatural, que nenhum mortal seria capaz de crer que um único homem pudesse ser capaz de possuir. Foi agindo com o escudo *do seu amor*, filho, que multipliquei conquistas e resultados positivos, superando os desafios e me levantando de todas as quedas, caminhando forte como um gigante, no prumo da realização dos meus sonhos. Incrível, filho, como você, meu doce anjinho, meu pequenino pedacinho de amor, alguém que veio apenas pedir carinho e amor, alguém que chegou para ser por mim protegido, virou meu anjo da guarda, meu escudo protetor, e fez do seu puro e meigo amor meu maior segredo para conseguir ter uma vida de sucesso,

superando, uma por uma, todas as muitas situações pesadamente difíceis a que fui submetido nesses últimos quatro anos. Chegar em casa, filho, em cada uma das incontáveis noites em que você sequer pôde me ver durante o dia, e te enxergar deitadinho no bercinho, dormindo como um anjinho de Deus, abençoado pelo amor de Jesus de Nazaré, era para mim, sempre, sempre, sempre, o mais feliz momento do dia. Era como uma fonte de recarga de energia, de renovação da alma, de reenergização espiritual plena. Muitas vezes, ajoelhado, inebriado pelo amor que vinha junto com seu cheirinho de bebê, me desconectei desse mundo, subi em espírito a outro plano, podendo sentir a mão de Jesus, meu e nosso guru, tocar-me o corpo, afagando-me a alma, e me fazendo perceber que, apesar de tudo, a vida vale a pena. Que não importa qual seja a dificuldade, simplesmente por você existir, tudo vale a pena, e quão injusto seria eu se me privasse do meu mais doce sorriso. Nossa, filho, um dia você vai entender o quanto foi decisivamente importante nos passos mais essenciais e difíceis da minha vida. Deus me enviou um anjo, que veio trazer o sublime amor do Pai, frutificado na forma de um filho, que por simplesmente me olhar com a ternura e a devoção com que você sempre me olhou, mesmo nas primeiras horas na maternidade, quando sequer me enxergava, me ensinou a ver e sentir a vida de um modo diferente. Seu amor, filho, me fez mais forte, me fez maior, me fez melhor, me fez mais guerreiro. Se, de um lado, me fez mais responsável e prudente, por outro, em antítese, me tornou mais ousado e arrojado. Você me fez descobrir, Pedrinho, que realmente tenho um tanque de guerra no peito, um *superman* no coração. Hoje, filho, depois de quatro anos e meio, minha vida multiplicou glórias. E em todos os caminhos, para cada um deles, tive de convencer a Deus que eu seria merecedor de cada uma dessas bênçãos. Em todas as oportunidades, todas, sem exceção, fui testado no limite do extremo. E sabe o que aconteceu, filho? Venci em todas elas e, acredite, sabe o que, quem, foi meu amuleto em todos esses momentos? V-O-C-Ê. Quando fiz aquela musiquinha para você, que foi cantada ao vivo de cima do trio elétrico no Carnaval de Salvador, maior festa popular do planeta, que levou a mim e a sua mãe a um copioso e emocionado choro, e que virou hino do nosso Bloco de Carnaval (um dia você vai crescer, saber dessa história e descobrir uma das mais fantásticas loucuras que seu pai inventou), cantada em coro por quase seis mil pessoas, queria te dizer exatamente isso. Você ainda não tinha completado dois anos, idade que hoje sua irmãzinha tem. O CD está guardadinho, os vídeos também, e, um dia, juntos, vamos cantar "você é meu anjo de luz, a razão que conduz, o meu despertar... do brilho do azul dos seus olhos, vem a luz que guia, o meu caminhar... você, príncipe meu... anjinho que Deus me deu... você... príncipe meu... anjinho que Deus me deu... lê, lê, lê, lê, lê, lê, ô... meu, pedacinho, de amor... lê, lê, lê, lê, lê, lê, ô... meu, pedacinho, de amor... você... denguinho meu... anjinho que Deus me deu".

Hoje, filho, peço apenas a Deus que me dê saúde para que eu continue firme no propósito de poder lhe ensinar algo que você, por essência, já me convence trazer abundantemente em seu coração... o amor... o amor verdadeiro e puro, correndo fluente

em suas veias, sendo chão para calçar cada um de seus passos, transbordante em seu pequenino grandioso coração.

Criança amável e encantadora que você é, sempre foi, permanentemente impressionando a todos com seus espontâneos gestos de amor, sei que terá um futuro lindo pela frente. Peço apenas a Deus que sempre derrame o amor de Cristo em sua alma, inunde seu coração com esse dadivoso sentimento, majestade no reino dos gigantes da alma, e te faça sempre um homem bom, capaz de guiar todos os seus passos abraçado na bandeira do amor de Jesus, sendo capaz de entender, sempre, sempre, sempre, que é preciso ter compaixão e piedade aos seus demais irmãos, não no meu sangue, mas irmãos no sangue que Jesus derramou na cruz por todos e por cada um de nós, irmãos esses que muitas vezes precisarão de você. Que esse toque do dedo de Deus possa sempre sensibilizar sua alma, amolecer seu coração, percebendo que o caminho mais simples e mais certo de ser feliz é sabendo amar, amar a todos, amar com ternura e sem interesse, amar simplesmente por querer e por saber amar. Amar a teu próximo como a ti mesmo, amar como Jesus amou, sonhar como Jesus sonhou, pensar como Jesus pensou, sorrir como Jesus sorriu, sentir como Jesus sentiu, para, então, poder, com pleno amor, viver como Jesus viveu. Que essa dádiva, filho, te alcance, como me alcançou, e assim possa você viver cada um dos dias que o Pai te permitir *obrar* nesse plano terreno, buscando fazer da execução do amor a permanente justificativa que lhe fará digno e merecedor de mais uma manhã de sol, mais uma e tantas realizações, mais e mais momentos de felicidade. Que você ame com desinteresse, com piedade, que você seja capaz de se doer pela dor do próximo, de ser solidário e prestativo sempre que ajudar lhe for cabível, que você entenda aquela que reputo foi a maior de todas as geniais lições deixadas por Cristo, a de que para multiplicar e aumentar, basta repartir e dividir. Perceba que na lei do AMOR de Cristo, contrariando a matemática e a as ciências lógicas, não precisamos acrescer para aumentar. Um, filho, para virar dois, não precisa de mais um. Basta se dividir ao meio. E dois passam a ter o que somente um tinha... e assim Ele nos ensinou com o pão, com o peixe, com o vinho...

Não faltarei, filho, em cada um e em todos os dias que Deus continuar a me brindar com a gloriosa honra de levantar com saúde em mais um erguer do sol, com a missão de lhe ensinar os valores da ética e do caráter, o bom-senso para saber fazer o juízo de valor entre o certo e o errado, o lícito e o ilícito, o moral e o imoral, o justo e o injusto, conduzindo, como pai, a formação de sua personalidade no caminho do abraço inseparável com a ética e o respeito, harmonizados em intensa simbiose com o amor ao próximo e a compaixão.

É isso, Pedrinho. Talvez, um dia, você, já maiorzinho, queira, ao ler isso aqui, me dizer algo. Queria registrar desde hoje, que... *não precisa*... acredite... não precisa dizer nada para o Papai, tudo bem? Só continue me olhando com o mesmo amor de ontem e de hoje, e isso já será tudo para mim. Isso, por si só, já é o bastante para me fazer o homem mais feliz do mundo, plenamente agradecido a Deus por ter me dado você. Eu, sim, é

que posso e tenho que lhe dizer, filho: OBRIGADO! Sua simples existência hoje é a justificativa da minha. Hoje sei que nasci para lhe receber, para lhe gerar, para lhe amar, e para viver por e para você. TE AMO FILHO. Em lágrimas que não consigo conter, que molham de amor meu teclado, e que me fazem, nesse momento, sentir o mais maravilhoso sentimento que já pude experimentar na vida, queria dizer a você, que lhe tenho um profundo e indimensionável *amor incondicional*...

E você, Laisinha, meu bebê, minha bonequinha, princesinha amável, dos olhinhos de fada, dos lábios de mel... do sorriso de anjinho, enviado do céu... que com a tinta do amor, se desenhou com o pincel... operado por Deus, seu padrinho fiel.

Você, Laisinha, minha gatinha linda, que me fez completamente apaixonado, fascinado, embasbacado, entregue, totalmente dado, devoto primeiro e maior de seu glamour, de seu mágico encanto, da formosura de seu balé, da ternura de seu olhar, da doçura com que seu sorriso me domina, fazendo poesia em minha alma, acelerando meu coração, me levando ao êxtase, em máxima intensidade de felicidade no espírito... ai, Laisinha... você veio ao mundo para me fazer descobrir algo fabuloso. Algo que eu também ouvia dizer que existe, admirava, me fascinava quando via alguns amigos falarem, e inocentemente achava que eu poderia modular de modo objetivo o que seria aquilo ali. Falo do AMOR DE UM PAI POR UMA FILHA... filha... filha... nossa... de novo, estou chorando. Nossa, e é bom chorar por você! Olha, estou aqui no avião agora, voltando de uma aula em Salvador, indo para o Rio, e quem está na fileira do lado deve estar me achando um retardado... e daí? Estou rindo com o sorriso mais feliz do mundo, que não cabe em meu rosto, somente pelo fato de estar pensando em você, falando de você, chorando por você, escrevendo para você. Meu bibelozinho, queria te dizer que você ensinou o papai o que significa sentir a mais sublime e nobre forma de amor que um homem pode experimentar por uma mulher... ai, filha... dói no peito só pensar no tanto que te amo. E que dorzinha boa de sentir. Um dia, filha, ainda menino, descobri o que significava o amor de *filho*, aquele, com a profunda devoção e gratidão, que é o que tenho por sua avó, minha mãe... putz... e eu enquanto criança achava que nada poderia ser maior que isso. Depois descobri o amor que aprendi a ter por *sua mãe*. E como é gigantesco esse amor. Amor de multifaces, em seu lado Eros, em seu lado Ágape, em seu lado Philos... amor com admiração, gratidão, companheirismo, orgulho, respeito. Imenso amor, e sei que eterno amor... no auge da minha paixão por sua mãe, graças ao bom Deus, cada dia mais imensa, cheguei a pensar que nenhum homem poderia sentir por uma mulher amor mais intenso que esse... e então... veio você! Ah, Lais, você chegou. Fecho os olhos e lembro do seu primeiro chorinho na sala de parto... ai, bonequinha... Você, Lais, me permite, hoje, sentir no meu coração aquele que reputo o *mais perfeito amor...* amor de um pai completamente apaixonado por sua filha... e como é mágico sentir esse amor.

E você ainda veio tão linda, menina, encantadora, loirinha, olhos azuis, rostinho de anjo, boquinha perfeita, nossa... você é o único ser vivo que consegue o que nenhum de qualquer dos meus desafetos seria capaz. Você é capaz de com um simples biquinho me

colocar de joelhos... e, o mais fascinante, você sabe disso!!! Do alto de seus pouquinhos dois anos, você já aprendeu a me dominar... rsrs... e como é bom me entregar pra você. Ouvir seu “Papá” quando me vê, ver a alegria efusiva que explode em seu peito quando me encontra, corre sorrindo e se joga pra mim, a força e total entrega com que me abraça e me agarra, pula no meu colo, é tremendamente especial... Ouvir você me dizer, quando estou longe, viajando para dar aulas, “sadadi, Papa”, é algo que só quem é pai e ama sua cria pode dimensionar. Obrigado, filha. Obrigado por existir. Lembro de algo incrível! No dia em que estava com sua mãe gerando você, senti isso... naquela hora, foi mágico, Jesus soprou em meu ouvido e disse: você vai ser Pai!!! Nossa, falei com sua mãe na hora!!! Vamos receber nossa filhinha!!! E, como se eu estivesse pressentindo, incrível, na emoção, disse “e será uma bonequinha loirinha de olhos azuis”. Nunca esquecerei disso. Menos de um ano depois chegava você, menina, exatamente como eu pedi a Deus. Nossa, você é obra de muito amor e de muita benção de Deus. Pude te sentir antes mesmo de você existir. Ali já começavam nossos laços eternos de intenso amor, filha... foi nosso primeiro reencontro de outras vidas. Papai do Céu me trouxe você, de novo, para nesse plano caminharmos juntos. Nunca esquecerei o dia em que foi confirmado que você viria. Eu estava triste, num dia muito difícil. Estava sozinho na varanda, chorando, escondido de sua mãe e seu irmãozinho, quando então o Pedrinho vem com um papel impresso, dobrado, que sua mãe imprimiu e deu a ele para me entregar. Tentei disfarçar o choro, secar as lágrimas, não queria que ele me visse chorando... e ele baixinho disse: “Papai, olha quem chegou” e quando abri sua mãe tinha digitado: “Oi, Papai, eu estou a caminho... para ser a irmãzinha do Pedrinho”. Caramba, lembro-me que corri pela sala, peguei você no colo e fui abraçar sua mãe. Assim como eu, ela já sabia que você seria uma menininha.

Um dia, quando você estiver maiorzinha, vai poder ler isso aqui. Tenha absoluta convicção de que SEMPE, SEMPRE, SEMPRE, SEMPRE, serei seu melhor amigo, seu maior protetor, seu mais compreensivo companheiro, fiel e leal escudeiro, para, do jeito e na hora que você quiser, estar sempre pronto para estar do lado, derramando meu amor sobre você. Te amo princesinha Você é o chameguinho do Papai, quando fiz sua música, também para o nosso Bloco de Carnaval de Salvador, pensei em você já moça, linda, fascinando a todos pela sua beleza, mas dominando a todos pela sua inteligência, e ganhando o respeito de todos que lhe cerquem pelo seu caráter e pela sua capacidade de amar, de fazer o bem, sem perder a pose, mas sem deixar que a pose lhe faça perder a humildade e simplicidade. Não tenho dúvidas, você será uma das mais lindas mulheres de toda a sua geração... e tenho convicção que, assim como seu irmão, assim como Papai e Mamãe, vai encantar pela inteligência, pela capacidade de amar, e de levar Jesus em seu coração. Vou deixar aqui, como símbolo do meu amor por você, a letra da nossa musiquinha, que tanto canto para você dormir, e que tantas vezes lhe fez dormir sorrindo, fechando os olhinhos sem fechar os lábios, adormecendo em meu peito com o mais doce e sublime sorriso que já vi em toda minha vida, estampado na face... Cante comigo,

princesinha: “quem é que vem de longe, na levada do povão, transbordando alegria, e arrastando uma multidão... princesinha linda, a razão do meu viver... seu gingado arisco faz o chão estremecer... um sorriso doce, tão maroto e sensual... embala o timbau, enlouquece o carnaval... lê, lê, lê, ô... minha querida... rendo-me a você, princesinha da avenida... canta assim: princesinha lindaaaaaa... minha bonequinha um bibelô... sempre que te vejo, o coração dispara, suplicando o seu amor... princesinha lindaaaaaa... minha bonequinha um bibelô... sempre que te vejo, o coração dispara, suplicando o seu amor... lê, lê, lê, lê, lê, lê, ô... lê, lê, lê, lê, lê, lê, ô... senta aqui no meu colinho, faz um chameguinho, minha pequena minha flor... lê, lê, lê, lê, lê, lê, ô... lê, lê, lê, lê, lê, lê, ô... senta aqui no meu colinho, vou te dar denguinho, minha princesa meu amor...”.

Caramba! Só agora me dei conta... já vai pousar aqui no Rio... estão mandando desligar o computador... putz!!! Acabo de olhar aqui e vejo que já escrevi sete páginas. Não sei quantas vão ficar quando formatar, mas foi muitoooo!!! Nossa... vai quebrar todos os parâmetros de uma dedicatória num livro... rsrs, mas tudo bem, não tem problema. Queria dizer tudo isso para vocês... quer saber? NÃO VOU SEQUER REVISAR o que escrevi até aqui! Sabem por quê? Pois escrevi EXATAMENTE O QUE ESTAVA SENTINDO e se pudesse ter dito algo a vocês seria exatamente isso que escrevi. Portanto, vou fazer algo diferente e especial: NÃO VOU RELER O QUE FOI ESCRITO!!! Vou apenas salvar e, assim que pousar, ENVIAR PARA A EDITORA!!! E como uma criança esperando o dia de Natal para ganhar um presente, aguardarei a publicação para ver como ficou. Caramba, me emocionei tanto escrevendo tudo isso aqui que, mesmo que não fique bom, terá sido profundamente sincero, escrito com as palavras do coração, guiadas pelos mais lindos sentimentos que vocês me ensinaram a sentir, que é o AMOR DE PAI de cada um de vocês!!! Tenho que desligar. Obrigado por existirem!!! É para vocês. Não só esta obra, mas toda a minha vida. Amo vocês, meus filhos!!!

AGRADECIMENTO AO MEU MELHOR AMIGO

Agradeço com todo o meu amor, e minha mais profunda gratidão, a meu melhor amigo, o qual, sempre presente, fiel e leal como ninguém, JAMAIS deixou de me apoiar e fosse o que fosse, desse o que desse, eu sei que sempre estaria, como esteve, ao meu lado. Sei que se o mundo inteiro um dia estiver contra mim, estará contra dois, pois não tenho dúvidas de que esse meu melhor amigo iria contra todos, mas nunca me daria as costas. Não teria medo de brigar por mim, me amando como ninguém que conheci na vida, salvo meus pais, que tanto me amaram e me amam.

Agradeço a esse meu melhor amigo pelo tempo que precisei me ausentar nesses últimos anos, devido à minha dedicação aos estudos, ao trabalho, à escrita... Amigo, saiba que tenho em meu coração a plena convicção de que *você* é a minha alma gêmea, a minha cara-metade, e por isso escolhi viver ao seu lado por toda a minha vida. Lú, minha esposa, meu amor, companheira leal e fiel, meu porto seguro, minha base, meu tudo, você é, e sempre será, o meu melhor amigo!

Agradeço a você pela compreensão e pelo apoio, para tudo e sempre, sem o que, tenho certeza, esta obra não estaria aqui, bem como minha vida não seria o que é hoje. Fabuloso é lembrar que quando te conheci, e quando começamos a caminhar juntos, eu não tinha nada, nem mesmo carro (fui te encontrar de ônibus na primeira vez, lembra?). Não tinha um nome nem empresas. Morava “de aluguel” no cafofinho, dividindo apartamento com um amigo da faculdade. Ganhava pouco, não tinha livros, publicações, títulos..., mas tinha um imenso amor por você, que vinha de outras vidas, e que nos permitiu o reencontro nesse plano terreno. Eu te amo, meu amor. Obrigado por tudo! Juntos, sempre juntos, meu grande amigo!

DEDICATÓRIA ESPECIAL

Dedico esta obra, com imenso carinho, à jovem e talentosa Professora Daniela Rego Silva, querida amiga e fiel escudeira já há tantos anos no desenvolvimento de todos os projetos acadêmicos empreendidos no segmento de preparação de alunos para o Exame de Ordem e Concursos Públicos.

A você, Dani, amiga de todos os dias, de todas as horas, minha sincera e eterna gratidão!

Juntos somos fortes e ainda temos muito a construir nesse caminho de sucesso da jornada acadêmica PB.

Estendo o agradecimento a toda a equipe de colaboradores por você magnificamente liderada, destacando aqui as queridas Professoras Ana Carolina Linhares e Rhaviny Mariano, bem como os Professores Leandro Guimarães e Alexandre Flores.

O sucesso de nossa missão acadêmica passa, sem dúvida, pela dedicação, amor, lealdade, entrega e comprometimento de cada um de vocês.

Eu os levarei, cada um, eternamente em meu coração.

APRESENTAÇÃO

Esta obra foi escrita com o objetivo de oferecer aos alunos que se preparam para o Exame de Ordem um singelo manual capaz de lhes conduzir à aprovação da prova de Direito Tributário na segunda etapa do Exame.

Procuramos abordar as mais importantes questões ligadas às principais ações que se utilizam no Direito Tributário, com foco essencial no processo tributário, almejando orientar os alunos e leitores a como se comportarem na análise, compreensão e manuseio das ações tributárias.

Utilizando uma linguagem acessível e de fácil compreensão, mesclada com a profundidade do conteúdo exposto e carregada por forte atualização jurisprudencial, procuramos oferecer aos militantes da seara tributária uma obra que lhes seja útil, de leitura prazerosa, capaz de realmente agregar valor e conduzir à aprovação na segunda etapa do Exame de Ordem.

Desde o ensinamento das noções básicas de como se elaborar uma petição inicial, ao comentário de questões extraídas de súmulas e jurisprudência, buscamos fazer desta obra um acervo de informações que seja apto a realmente propiciar ao leitor êxito nos seus primeiros passos na advocacia tributária.

Esperamos sinceramente que esta leitura possa lhes ser útil!

Aguardamos comentários, mais ansiosos pelas críticas do que com a pretensão a elogios, esperando sinceramente que com o alerta dos amigos leitores possamos ao longo do tempo ir melhorando cada vez mais esta obra!

Saudações fraternais,

Professor Pedro Barretto

Nota da Editora: o Acordo Ortográfico foi aplicado integralmente nesta obra.

PRÉFACIO

Com surpresa e muita alegria recebi o convite para prefaciar o livro do meu grande amigo Pedro Barretto. A surpresa se deve ao fato de que normalmente convidamos para prefaciar nossos livros os grandes expoentes da nossa área de atuação, porém, neste caso, o convidado é um professor de Direito Penal que pouco sabe acerca do Direito Tributário. A alegria se dá pelo fato de encarar este convite como uma manifestação inequívoca de nossa amizade, diga-se de passagem desnecessária, pois já atravessamos a etapa de provar esse vínculo. Há anos somos simplesmente amigos, todos os dias, em todas as decisões, sem precisar de provas disso.

Então estou aqui, com a responsabilidade gigantesca, diria a SUPER responsabilidade, de apresentar ao público, aos profissionais e aos estudantes do Direito Tributário esta obra, a qual vocês terão o prazer de ler. Um livro, composto de páginas, com seus parágrafos, repletos de palavras, cada uma com suas letras, acredito que seja uma forma de definir o que o leitor tem em mãos. Mas essa não é a melhor definição. Prefiro outra: uma mais adequada ao papel que o autor representa hoje. Então vamos em frente.

A melhor definição para o livro que está em suas mãos, pelo menos na minha visão, é ESPERANÇA. Sei que este trabalho, para muitos, representará a esperança da aprovação, diria mais que será uma transição, a passagem de bacharel em direito para advogado. Representará uma profissão. Uma resposta a todos que não acreditaram, a todos que pressionaram, que insistiram em desmotivar e em puxar para trás. Representará o futuro, as conquistas profissionais e econômicas e a possibilidade de trabalhar e ser produtivo.

Para muitos, representará um sonho! Sonho que será realizado após a última página! Após o último ponto!

Este é o livro que apresento, o qual será capaz de ajudar milhares de alunos a alcançar o seu maior sonho, pelo menos nesta fase da vida. Passar no Exame de Ordem significa a maior conquista neste momento. É coroar uma trajetória de cinco anos nos bancos escolares. Pode parecer, para muitos, o "ponto final", mas sabemos que não é. Esta obra, na verdade, ajudará o leitor não a encerrar um ciclo, mas a iniciar outro.

No prefácio de um livro também é normal apresentar o autor. Essa não é uma missão fácil, mas vou tentar!

Pedro Menezes Trindade Barretto, natural de Salvador, um Baiano de verdade, daqueles que têm uma criatividade infinita e que lutam para realizar tudo o que sonharam. Somos amigos há 13 anos; nos conhecemos em 1999, éramos contemporâneos na faculdade, quando eu terminava o Curso de Graduação em Direito e ele era o Presidente do Centro Acadêmico. No ano seguinte, quando comecei a lecionar, ele foi meu aluno, embora poucas vezes o tenha visto em sala. Quando concluiu o curso, foi logo contratado para organizar eventos na faculdade, o que já fazia quando dirigente estudantil, e passamos a trabalhar juntos. A partir desse momento a vida, que parecia tranquila, sofreria solavancos, porém não a minha, mas é claro que, como amigo, balancei junto, todavia nos

seguramos e hoje estamos aqui.

Foi quando realmente conheci o guerreiro Pedro Barretto. Tive a oportunidade de estar ao lado do Pedro panfleteiro, do Pedro político, do Pedro mestrando, do Pedro que foi demitido e ficou arrasado, do Pedro esperançoso e alegre com pequenas conquistas, do Pedro triste e decepcionado com as ações de alguns, do Pedro cheio de disposição e de ideias maravilhosas, do Pedro cansado, do Pedro micareteiro e chicleteiro, do Pedro pai, do Pedro cantor e compositor, do Pedro empresário, do Pedro sempre sonhador de realidades próximas, do Pedro realizador de sonhos distantes, do Pedro Flamenguista.

Sem dúvida, o somatório de todas essas facetas formou o Pedro professor brilhante e empresário voraz, com quem compartilho hoje muitas horas dos meus dias. Agora estou aqui, apresentando mais um Pedro, o Pedro autor, eternizado pelas palavras que escreve e pelos sonhos que ajuda a realizar.

Desejo ao meu amigo muito sucesso com esta obra. Desejo aos leitores sucesso e aprovação no Exame de Ordem. Tenho certeza de que um sonho realizado espera por vocês depois da última página!

Boa leitura!

Rio de Janeiro, 22 de janeiro de 2012

Felipe Vieites Novaes

SUMÁRIO

TÍTULO VII

MANDADO DE SEGURANÇA

Capítulo I – Do mandado de segurança. Noções gerais

1. Conceito, origem e natureza jurídica
2. Da subsidiariedade em relação ao habeas corpus e habeas data
3. Base legal
4. Modalidades
   4.1. Quanto ao momento da impetração. Mandado de segurança preventivo x mandado de segurança repressivo
   4.2. Quanto aos impetrantes. Mandado de segurança individual e coletivo
      4.2.1. Noções iniciais sobre o mandado de segurança individual e coletivo
      4.2.2. Dos direitos que podem ser protegidos pelo mandado de segurança coletivo. Os direitos coletivos e os direitos individuais homogêneos
      4.2.3. Legitimados a impetrar mandado de segurança coletivo
5. Situações de cabimento e não cabimento
   5.1. Noções gerais sobre o cabimento do uso de mandado de segurança
   5.2. Casos em que não cabe mandado de segurança. Vedação na própria Lei 12.016/2009
      5.2.1. Noções iniciais
      5.2.2. Atos de gestão comercial praticados por administradores de empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionárias
      5.2.3. Ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução
      5.2.4. Decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo
      5.2.5. Decisão judicial transitada em julgado
   5.3. Outros casos de vedação ao uso de mandado de segurança. A jurisprudência nos tribunais superiores
6. Autoridade coatora
7. Prazos
8. Competência

Capítulo II – Apontamentos sobre mandado de segurança em matéria tributária

1. Mandado de segurança em matéria tributária
2. Mandado de segurança e recurso administrativo
3. Mandado de segurança repressivo e ação anulatória
4. Mandado de segurança preventivo e ação declaratória
5. Da liminar
6. Dos honorários advocatícios
7. Das provas
8. Da petição inicial. Recomendações para a prova da 2.ª fase do exame de ordem
9. Mandado de segurança e compensação
10. Mandado de segurança para liberação de mercadoria apreendida por inadimplemento fiscal
11. Interdição de estabelecimentos por força de inadimplemento fiscal. Inconstitucionalidade. Cabimento do mandado de segurança repressivo com pedido liminar
12. Mandado se segurança e imunidades tributárias
13. Mandado e segurança e princípios tributários
14. Mandado de segurança, base de cálculo e alíquotas de tributos
   14.1. Noções gerais
   14.2. Lançamentos em erros na fixação das alíquotas
   14.3. Lançamentos em erro na imputação da base de cálculo

– Recurso. Apelação em mandado de segurança

– Das razões recursais

– Recurso. Agravo na 1.ª instância. Agravo retido

– Das razões recursais

– Recurso. Agravo na 1.ª instância. Agravo de instrumento

– Recurso. Agravo. Agravo de instrumento especial para o STJ. Causas internacionais – Art. 539, II, "b" e parágrafo único, do CPC

– Recurso. Agravo. Agravo especial nos autos para o STJ. Agravo por inadimissibilidade de REsp – Art. 544 do CPC. Modelo simples

– Das razões recursais

– Recurso. Agravo nos tribunais. Agravo interno do art. 545 do CPC. Julgamento do agravo especial nos autos pelo relator. Agravo interno no STJ

– Recurso. Agravo. Agravo interno do art. 557, § 1.º, do CPC. Acórdão monocrático do relator

– Recurso. Execuções fiscais dentro da alçada. Embargos infringentes de alçada

– Recurso. Recurso ordinário constitucional. ROC para o STF. Decisão denegatória no STJ

– Das razões recursais

– Recurso. Recurso ordinário constitucional. ROC para o STJ. Sentença federal em conflito internacional. Município brasileiro x estado estrangeiro: execução fiscal (art. 105, II, "c", da CRFB/1988 c/c art. 539, II, "b", do CPC)

– Das razões recursais. Recurso ordinário constitucional

– Recurso. Recurso especial para o STJ. Decisão final no TJ

– Razões recursais

– Recurso. Recurso extraordinário – STF. Decisão final no TJ

– Razões recursais

– Recurso. Recurso extraodrinário – STF. RE em face de sentença. Execução fiscal/causas de alçada. Julgamento de embargos infringentes de alçada

– Razões recursais

– Processo administrativo. Impugnação

– Processo administrativo. Recurso voluntário

– Processo administrativo. Recurso especial

– Juizados especiais da Fazenda Pública. Petições iniciais

TÍTULO XI

QUADRO-RESUMO DOS FUNDAMENTOS DE AJUIZAMENTO DAS AÇÕES

TÍTULO XII

SÚMULAS SELECIONADAS

TÍTULO I

IDENTIFICAÇÃO DAS AÇÕES TRIBUTÁRIAS

1. NOÇÕES GERAIS

Existem quatro ações básicas e tradicionais dos contribuintes no Direito Tributário, a saber: *ação anulatória; ação de repetição de indébito; ação consignatória; ação declaratória*. Normalmente, é no manuseio de uma delas que se ergue a advocacia tributária no interesse dos contribuintes. Além dessas, é comum vislumbrarmos no seio das lides tributárias a utilização do *mandado de segurança*, remédio constitucional que pode ser utilizado em diferentes áreas sempre que um ato da Administração for praticado com ilegalidade ou abuso de poder, violando direito líquido e certo do administrado. No Direito Tributário, é muito comum a impetração de mandado de segurança para buscar no Judiciário a ordem que faça cessar o efeito coator do ato ilegal/abusivo praticado, bem como para evitar sua prática, quando então nos referimos a mandado de segurança preventivo. Além dessas ações, serve ainda ao Direito Tributário o binômio de remédios com o qual o cidadão se defende quando já está sendo vítima de uma ação de execução fiscal indevidamente deflagrada pela Fazenda Pública; nesse linear, pode o contribuinte ajuizar uma ação contraposta, qual seja, a ação de *embargos do executado*, ou, ainda, a depender das características do caso concreto, manusear a *exceção de pré-executividade*, que se revela como inteligente incidente processual de defesa, sem qualificar a natureza de *ação*, surgindo como interessante e útil instrumento para a advocacia do réu executado. Portanto, quando leciono nos Cursos e ensino aos candidatos do Exame da Ordem que fazem a prova de Direito Tributário, demonstro a eles que podemos nos envolver com quatro ações tributárias típicas (anulatória, repetitória, consignatória e declaratória), além do mandado de segurança e das defesas do executado (embargos ou exceção de pré-executividade).

A grande facilidade do Direito Tributário, para nós, é que essas ações não se confundem. É bem simples identificar o caso em que cada uma delas deve ser manuseada. E é isso que demonstrarei nas linhas a seguir. Procurarei estabelecer alguns critérios objetivos para lhes indicar qual é a finalidade de todas essas ações, permitindo-lhes entender quando é que realmente as usamos na advocacia tributária, bem como, e em especial, quando identificamos que o caso concreto a nós apresentado deve ser trabalhado com cada uma dessas ferramentas. Essa percepção fácil e precisa para os candidatos que realizam o Exame de Ordem é, de fato, algo maravilhoso!

Falemos primeiro das quatro ações ordinárias, comuns, de rito simples, ordinário. Referimo-nos às ações *anulatória, repetitória, consignatória e declaratória*. Comecemos pela *ação anulatória*.

2. AÇÃO ANULATÓRIA

A ação anulatória se revela como o mais comum meio de impugnação judicial de uma cobrança de tributo da qual se discorda. É o tradicional veículo com o qual o contribuinte aciona o Judiciário para tentar *anular* o lançamento do tributo ou de uma penalidade. Afeiçoa-se como ferramenta que oportuniza a exteriorização do contraditório perante o Estado Juiz, em face de um ato da Administração que se entende ser incorreto, qual seja, o ato de cobrança infundada de certo montante. O objetivo da ação anulatória é o de conseguir a tutela jurisdicional desconstitutiva desse ato, invalidando-o e libertando o contribuinte da sujeição a seus efeitos.

Costumo dizer na sala de aula a meus alunos que a *ação anulatória* é a ação da "briga", da "pancadaria" com o fisco, pois é pelo seu manuseio que buscamos enfrentar o ato por meio do qual a Administração nos cobrou certo montante do qual discordamos e que não pretendemos cumprir, mas, pelo contrário, queremos ver a Administração curvada ao nosso argumento, conseguindo derrubar tal ato por intermédio do Poder Judiciário, postulando a este uma tutela invalidadora da medida administrativa enfrentada.

Se analisarem com mais cuidado, verão que a *ação anulatória* do lançamento não é um privilégio do Direito Tributário. Na verdade, podem ser ajuizadas ações ordinárias para que se busque a anulação de qualquer ato administrativo que esteja viciado no seu plano de validade. Todo ato administrativo anulável pode ser questionado judicialmente pelo administrado, e a via natural para o exercício de tal direito é o ajuizamento de uma ação ordinária que almeja tal anulação. No Direito Tributário, apenas restringimos esse cenário, em referência à ação anulatória do lançamento fiscal. Com efeito, se vocês refletirem, verão que a ação ordinária de anulação de um ato administrativo é uma ação genérica que pode ser utilizada em diversas situações, sendo, por exemplo, uma delas a situação de querer invalidar um ato de cobrança indevida de tributo. Quando estudamos Direito Administrativo para a segunda fase, também aprendemos a fazer uma *ação anulatória*, ação ordinária por natureza, e com ela questionamos a validade daquele ato que queremos ver invalidado.

Quando cai na prova de Tributário da segunda fase do Exame da Ordem, no quesito prático-profissional, uma questão que deva ter como gabarito a ação anulatória, o problema narrado deixa isso bem evidente. O examinador deixará claro que se trata de uma situação em que o contribuinte que vai lhe contratar como advogado está querendo questionar judicialmente uma cobrança de dívida tributária da qual discorda. O objetivo da sua advocacia será invalidar o ato de cobrança e assim resolver o problema de seu cliente. O examinador deverá, portanto, formular um quesito informando que seu cliente *já foi cobrado, já recebeu a cobrança*, mas não quer pagar, por discordar da legitimidade dessa cobrança. O examinador não apresentará um *case* em que o cliente quer recuperar um dinheiro que já pagou indevidamente, pois, se assim for, teremos uma situação própria para uso

da ação de repetição de indébito. Também não dirá que seu cliente está querendo pagar o tributo, mas está encontrando dificuldades geradas pelo credor (por exemplo, condicionar o recebimento do pagamento de certo tributo à prova do pagamento de outros), pois, se assim o fizer, teremos um caso típico para a ação consignatória. Do mesmo modo, não narrará uma situação em que seu cliente queira apenas pedir ao Judiciário que reconheça algo, declarando certa verdade que lhe interessa, sem que se esteja diante de um quadro em que uma cobrança indevida foi feita; não! Pois, se assim for, teremos um caso para busca de uma mera declaração, fomentando uso da ação declaratória.

Ou seja, se o examinador quiser realmente que o candidato faça uma petição inicial em ação anulatória, ele apresentará um caso concreto em que o contribuinte já foi tributado e não pretende pagar o valor que lhe foi cobrado, por se tratar de cobrança indevida. Costumo dizer em sala de aula que é normal que nessas questões se afirme expressamente que "já houve o lançamento", ou "foi feita a notificação", ou, ainda, "após ser autuado para pagar o valor da dívida". Quando então o candidato, no momento da prova, lendo a questão, percebe que esse é o caso concreto, a ação que ele deve ajuizar para defender seu cliente é a *ação anulatória*, por intermédio da qual ele tentará *anular* o ato administrativo de cobrança.

3. AÇÃO REPETITÓRIA

A ação repetitória, ou ação de repetição de indébito, ou, ainda, e como seria inclusive mais correto, ação de restituição de indébito, é a via pela qual o contribuinte postula à Administração que devolva certo montante que foi pago indevidamente. É a ferramenta com a qual o administrado, que percebe que pagou algo que não devia, procura forçar a Administração a restituir esse montante. Afeiçoa-se como meio para recuperar certo valor que foi pago de modo indevido. É ação de cobrança por natureza, por intermédio da qual se busca no Judiciário uma *condenação*, pretendendo-se impor ao fisco que restitua o valor que recebeu indevidamente, corrigido e atualizado. Independentemente de qual seja o fundamento para justificar que o pagamento foi indevido, a ação de repetição de indébito é a via adequada para se pleitear a recuperação do montante.

Quando o candidato do Exame de Ordem se depara, na segunda etapa, com um quesito formulado cujo gabarito é a elaboração de uma ação de repetição de indébito, não há qualquer dificuldade em detectar que essa é a ação pretendida pelo examinador. É inconfundível. O examinando lerá no enunciado da questão a afirmativa de que *já houve pagamento* pelo contribuinte, e, mais ainda, que o contribuinte *quer recuperar esse montante*. No caso concreto, o contribuinte estará contratando o advogado exatamente para viabilizar a recuperação dessa verba. É inconfundível.

O pagamento pode ser *indevido* por diferentes motivos. Uma das mais comuns hipóteses é a de se ter realizado um pagamento em valor superior ao devido. Outra situação em que regularmente se efetua um pagamento indevido é quando a lei que instituiu o tributo é inconstitucional, e, no caso, pagou-se uma dívida que nunca deveria ter existido, em face da inconstitucionalidade da lei tributária. Terceira situação comum é aquela em que o administrado não praticou fato gerador, mas

terminou pagando, seja porque se equivocou, seja porque a Administração equivocadamente cobrou. Quarta hipótese muito comum é aquela em que certo administrado é isento, ou então imune, mas paga o tributo por desconhecer seu direito ao benefício fiscal; descobrindo tal direito, obviamente que buscará a restituição da verba indevidamente disponibilizada aos cofres públicos.

Na persecução da recuperação do montante indevidamente pago, uma ótima opção se abre ao pleiteante, que é a via da *compensação*. Muitas vezes o contribuinte pagou certo montante indevidamente ao fisco, mas é, ao mesmo tempo, devedor de outros montantes, estes, sim, plenamente devidos. Pode, então, optar por converter a restituição em compensação. Nessa linha, abre mão de receber o valor em dinheiro para utilizar esse montante como "moeda" para abater de outras dívidas que possui com o mesmo credor, opondo compensação entre os valores. Quando assim opta, basta pedir, na própria petição inicial, que após a liquidação do valor do montante, em sentença, o juiz determine a aplicação do procedimento de compensação. Na prática, vem-se exigindo que o contribuinte que exerce tal opção indique qual o débito que possui (ou que virá a possuir) e que quer ver como objeto da compensação, para que então possa ser fixado o limite exato do procedimento compensatório.

Em certas situações especiais se materializa um *case* interessante: o administrado foi tributado indevidamente; em razão da inconstitucionalidade da lei, pagou o valor cobrado, e sabe que continuará sendo tributado periodicamente com a cobrança indevida. Isso se dá em relações jurídicas em que o fato gerador ocorre continuamente, e, portanto, o fisco segue tributando. Mas, se a lei é inconstitucional, a tributação é indevida desde o início, e todas essas cobranças são viciadas. A título de exemplo, pensemos em uma taxa de serviço cobrada todo ano, sendo ela inconstitucional. Cogitemos, para darmos veracidade ao exemplo, a famosa Taxa de Limpeza Pública, cobrada dos proprietários de imóveis em razão do serviço público de *varredura de ruas e praças*. Essa taxa é flagrantemente inconstitucional, visto que o serviço, no caso em tela, é *indivisível*, já tendo inclusive o STF assentado esse entendimento (vide a edição da Súmula Vinculante 19). Portanto, imagine-se que o fisco municipal vem há anos cobrando essa taxa e certo contribuinte pagando todo ano o tributo, quando então descobre que este é inconstitucional. Observe-se que, em casos como esse, o contribuinte foca dois objetivos em uma contenda com a Fazenda: o primeiro, lógico, o de recuperar o que pagou indevidamente – é um foco para as relações que já ocorreram; o segundo objetivo mirando as relações futuras, pois o fisco poderia insistir em tentar tributar. Nessa linha, o que fazer? Ajuizar uma ação repetitória, focando alcançar o primeiro objetivo, cumulando o pedido de repetição dos valores pagos com o pedido de *declaração de inexistência da dívida para fins de evitar cobranças futuras*, buscando alcançar o segundo objetivo. Assim sendo, ajuíza-se uma *AÇÃO REPETITÓRIA CUMULADA COM DECLARATÓRIA*. Tanto faz chamá-la de *AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM REPETITÓRIA*. É literalmente irrelevante, no nome da ação, falar primeiro em "repetitória" e depois em "declaratória" ou vice-versa. O que importa é perceber que é uma ação que almeja dois objetivos, quais sejam, o de recuperar os valores pagos indevidamente e o de ver declarado não ser de direito proceder a novas cobranças, reconhecendo-se não serem devidos novos pagamentos, em face da inexistência de relação obrigacional tributária.

Por fim, pode ainda acontecer de uma ação repetitória ser cumulada com pedido anulatório, nos

casos em que o contribuinte já está sendo tributado, tendo recebido a notificação do pagamento, sendo essa cobrança flagrantemente indevida, e pago o mesmo tributo algumas vezes anteriormente. Ora, se já ocorreu o lançamento, ele tem um novo problema: está sendo tributado e não quer pagar, pois o tributo não é devido! Nota, ainda, que já pagou indevidamente em situações anteriores, percebendo então que tem um segundo problema, qual seja, precisa pedir seu dinheiro de volta! O que fazer? Ajuizar uma *AÇÃO REPETITÓRIA CUMULADA COM ANULATÓRIA*, quando então buscará resolver os dois problemas em uma única ação. Pedirá duas tutelas jurisdicionais distintas. Por uma delas, requererá que se anule o lançamento; pela segunda, que se condene a Fazenda a restituir as verbas pagas indevidamente nas relações anteriores. Para fins de esclarecimento, pensemos no mesmo exemplo há pouco citado, da inconstitucional Taxa de Limpeza Pública. Suponha-se que o contribuinte acabe de receber o carnê com notificação para pagamento, sendo que já pagou nos últimos anos. Contratando-lhe como advogado, o que você faria? Ajuizaria uma ação repetitória cumulada com anulatória, para fins de recuperar o que ele pagou equivocadamente e libertá-lo do dever de pagar a nova cobrança. Como referido acima, tanto faz chamar a ação de "repetitória cumulada com anulatória" ou de "anulatória cumulada com repetitória".

4. AÇÃO CONSIGNATÓRIA

A *ação consignatória* é uma ação que pode ser utilizada em duas hipóteses, sempre para favorecer o contribuinte. É ferramenta útil quando o contribuinte quer pagar, mas o fisco cria óbices infundados, dificultando o exercício do direito de pagamento, ou, também, nas situações em que mais de uma Fazenda cobra do contribuinte, porém, ele só deve a uma delas; nesses casos, de *bitributação*, a ação consignatória se revela interessante remédio, pelo qual o contribuinte ajuíza a demanda de consignação, cita as duas Fazendas como litisconsortes, deposita o valor e fica esperando o juiz decidir quem é o verdadeiro credor.

Na primeira situação supranarrada, mais comum, a dos casos em que o contribuinte quer pagar, mas o credor se recusa a receber, criando dificuldades para o adimplemento, a consignatória é manuseada para que os contribuintes que *querem pagar* possam fazê-lo superando essas dificuldades causadas pela Administração. Funda-se na ideia de que *pagar é um direito*, antes de ser um dever, aliada à certeza de que o crédito público é irrenunciável. Não pode o credor recusar injustamente o recebimento do pagamento, colocando em mora um devedor que honestamente quer adimplir seus compromissos. Para que consigam adimplir suas dívidas, podem os cidadãos, em casos como esses, se socorrer do procedimento consignatório, *pagando-as* por via judicial. Buscam no Poder Judiciário o amparo para conseguirem exercer o seu *direito de pagar*, livrando-se dos indesejosos efeitos daninhos do inadimplemento. Nesses casos, ajuizar a consignatória significa buscar *pagar em juízo aquilo que se deve, que se reconhece devido e que se quer pagar*.

Tais situações ocorrem com certa habitualidade nas relações tributárias, em duas hipóteses: na primeira delas, a Fazenda exige do contribuinte que prove que já pagou outras dívidas, para que

então possa pagar a dívida que pretende adimplir. Ou seja, condiciona o pagamento de uma dívida à prova do pagamento de outras. Não pode o fisco fazer isso, em hipótese alguma, qualquer que seja o argumento. Jamais poderá agir de tal modo. Sempre que assim fizer, o contribuinte poderá procurar o Judiciário e pagar em Juízo a dívida que pretende adimplir e que a Fazenda está se recusando a receber. A segunda hipótese é aquela em que o credor condiciona o exercício do direito de pagamento ao dever do contribuinte de cumprir certos procedimentos, ou seja, certas obrigações acessórias. Também não pode fazer isso. O fisco não pode impedir que o particular pague o tributo devido sob o argumento que os deveres instrumentais não foram adimplidos. Se quer que o contribuinte celebre as condutas acessórias obrigatórias, que exija, que multe o inadimplemento, mas o descumprimento de obrigações acessórias não será pretexto para impedir o contribuinte de cumprir a obrigação principal, qual seja, pagar suas dívidas. Logo, sempre que a Fazenda condiciona o pagamento do tributo ao cumprimento de obrigações acessórias, pode o contribuinte ajuizar a ação consignatória e por meio dela pagar o tributo em Juízo.

Observe-se, portanto, que existe um primeiro rol de situações, aliadas à mesma ideia núcleo, que fomentam o uso da ação consignatória: o contribuinte quer pagar, mas a Fazenda cria óbices indevidos ao exercício do direito de pagamento.

Por outro ângulo, a consignatória também é útil nas hipóteses de *bitributação*. É o que ocorre quando o contribuinte é vítima de uma situação amplamente desconfortável, qual seja: recebe duas cobranças, feitas por entes distintos, mas só praticou um fato gerador, tendo apenas, de fato e de direito, uma dívida a adimplir. Como proceder em situações como essas, em que dois fiscos diferentes se apresentam como credores, e apenas a um deles realmente se deve? A ação de consignação em pagamento se revela ferramenta útil, pois pode o contribuinte citar os dois “potenciais credores” num mesmo processo e em uma única ação resolver seu problema. Ajuíza a ação, deposita o valor da maior cobrança (regra!), cita os dois fiscos como corréus litisconsortes, e pede ao Juiz que decida quem é o legítimo credor. Nessa única ação, resolverá as duas situações. Um dos réus será declarado o verdadeiro credor, e, para esse, será homologada a consignação do pagamento; o outro será declarado perdedor, e seu lançamento será invalidado pela decisão judicial transitada em julgado.

Nas provas da OAB, segunda etapa, Direito Tributário, os examinandos não têm qualquer dificuldade, no quesito de elaboração de peça prático-profissional, para detectar que a ação a ser ajuizada é uma ação consignatória. Assim como sustentado nos comentários sobre a ação repetitória, aqui reafirmo: é inconfundível! Para que a peça seja uma *consignatória*, a primeira coisa que o candidato perceberá no quesito formulado pelo examinador é que o contribuinte *quer pagar*. Ao contrário do que ocorre nas ações anulatórias (em que o contribuinte *não quer pagar*, e sim *enfrentar o lançamento* procurando invalidá-lo), aqui, na consignatória, é exatamente o oposto: o contribuinte quer pagar, essa é sua intenção, e é para isso que o advogado é contratado! Também não há como confundir com a ação repetitória, pois, como já explicado, nesta, o contribuinte *já pagou*, e o fez indevidamente, querendo *condenar a Fazenda a devolver*; nos casos da *consignatória* o contribuinte *não pagou* e *não quer brigar contra a cobrança*, com a qual concorda, ele apenas *quer pagar*. A própria redação da questão deixa claro que a ação a ser utilizada é a consignatória.

5. AÇÃO DECLARATÓRIA

A ação declaratória é aquela que, como sempre me refiro nas aulas dos Cursos de segunda fase do Exame de Ordem, “sobra”, ela vem por exclusão de todas as outras. Ajuizamos a ordinária *ação declaratória* quando queremos apenas e exclusivamente uma *declaração* do Poder Judiciário. Por via da *ação declaratória* não estamos buscando algo que não seja, estritamente, uma afirmação de uma verdade, o reconhecimento de certo feito, proclamação essa que nos interessa para que possamos exercer certos direitos ou para que não nos submetamos a certos abusos e soframos certos prejuízos infundados.

Muitas vezes, precisamos ter certos documentos que atestam algumas qualidades ou características nossas, para que possamos exercer certos direitos, participar de certas situações, e, muitas vezes, não conseguimos a confirmação do que precisamos provar, por diversos motivos. A *ação declaratória*, em situações como essas, se revela ferramenta útil e idônea para que possamos buscar socorro no Poder Judiciário, postulando a este que nos forneça a tutela declaratória sustentando aquilo que estamos alegando e almejamos ver reconhecido, para que, então, com tal reconhecimento, possamos exercer nossos direitos sem sermos cerceados. Como exemplo, podemos citar os casos de Pessoas Jurídicas que vão ao Judiciário pedir a declaração que afirme suas regularidades fiscais, seus enquadramentos em certos regimes jurídicos, o que, muitas vezes, a Administração se nega a reconhecer, e, então, o administrado procura o Judiciário por intermédio da *ação declaratória* para ter tais fatos reconhecidos, para que assim possa se habilitar em licitações, em parcelamentos especiais, em financiamentos, em aberturas de créditos etc.

Também é muito comum o ajuizamento de ações *declaratórias* para que se reconheça no Judiciário o direito a isenções dadas por lei, ou ao gozo de imunidades tributárias decorrentes da Constituição. Almejando evitar tributações indevidas, antecipa-se, e, antes mesmo de ser notificado para pagamento, antes que ocorra o lançamento, o contribuinte ajuíza preventivamente a *ação declaratória* para que o Judiciário reconheça que o administrado merece gozar do benefício avocado, e assim não deve se sujeitar ao ato indevido de tributação.

Semelhante ainda é o infindo rol de situações em que a Administração externa sua intenção errônea de tributar certas situações que não materializam os fatos geradores de obrigações tributárias, ou seja, condutas que não são *fatos típicos* para que os tributos incidam. Quando o contribuinte que pratica tais condutas toma ciência de que a Administração Tributária está pretendendo tributar em tais hipóteses, pode-se antecipar, e, antes mesmo de ser alvo de uma cobrança, pode ajuizar preventivamente a *ação declaratória*, pedindo ao Judiciário que declare a inexistência de relação obrigacional tributária, sob o fundamento que não há fato *típico*, deixando claro, assim, que sem situações como a apresentada não pode ocorrer o ato de tributação.

Perceba-se que a *ação declaratória* não é uma ação para “brigar” contra um ato de lançamento praticado pela Administração, almejando invalidá-lo; não, esse papel é da *ação anulatória*. Também não é pela *ação declaratória* que se busca recuperar certo montante que se pagou indevidamente, objetivando-se uma tutela jurisdicional condenatória; não, esse papel é da *ação de repetição de indébito*. Também não é por intermédio da *ação declaratória* que se buscará exercer o *direito de*

pagar, pois, para tal intento, se manuseia a *ação consignatória*. Ou seja, como frequentemente digo aos meus alunos: a *ação declaratória* é manuseada exclusivamente para se ver afirmada uma verdade, para certos fins e efeitos, que motivam o contribuinte a procurar o Judiciário para a obtenção de tal sustentação. Busca-se um provimento meramente afirmativo, estritamente declaratório, e não um provimento condenatório (como na repetitória) ou desconstitutivo (como na anulatória). Não dá para confundi-la com qualquer outra ação. É sempre uma ação *preventiva*. Normalmente, quando se tem um caso para ajuizar a *declaratória*, ainda sequer ocorreu lançamento fiscal. Nas provas da OAB, observem o seguinte: se a peça a ser elaborada for uma *ação declaratória*, vocês vão perceber isso de modo inconfundível na leitura do próprio enunciado. O examinador vai deixar claro que não há outra intenção que não seja apenas o reconhecimento de certa verdade, de certo direito, de certa característica etc. Não se falará em intenção de pagar, ou de anular lançamento ou de recuperar montante pago indevidamente. Não dá para errar!

6. MANDADO DE SEGURANÇA

O *mandado de segurança* é uma peça que pode aparecer em diversas áreas diferentes, entre elas, no Direito Tributário. Não obstante possa ser utilizado de forma *preventiva*, o normal é seu uso de maneira *repressiva.* Todas as vezes que a Administração Pública pratica um *ato coator*, viciado com *ilegalidade* ou *abuso de poder*, e o contribuinte tem *direito líquido e certo*, sendo-lhe possível fazer prova documental e pré-constituída, desde o ato de impetração, e se não deixar passar o prazo decadencial de 120 dias a contar da prática do ato coator, poderá se valer da garantia constitucional em comento para almejar no Judiciário o afastamento do ato coator. Observe-se que o *mandado de segurança* não é uma *ação tributária*, mas sim um remédio constitucional que pode ser utilizado nas mais variadas situações, nas mais diferentes matérias. Basta que se esteja diante de um ato coator da Administração que viola direito líquido e certo não amparável por *habeas corpus* e *habeas data*, e que se respeitem os demais requisitos acima citados, que será cabível o seu manuseio pelo administrado. No Direito Tributário não é diferente, pois nas relações entre a Administração Pública e o cidadão, na esfera tributária, é muito comum que nos deparemos com situações em que a Administração pratica atos abusivos.

Nas provas da OAB, tanto de Direito Tributário como Administrativo, *em regra*, onde cabe o mandado de segurança, cabe a ação ordinária. O mandado de segurança passa a ser um *plus*, que o candidato pode *optar* por fazer. Dificilmente no *gabarito* a banca *só aceita* mandado de segurança. Vejam: se foi praticado um ato administrativo viciado, anulável, a ação básica para anular esse ato é a ação anulatória, uma ordinária ação para buscar no Judiciário a anulação do ato. Mas, a depender da conjuntura em que esse ato é praticado, caberá também a impetração do mandado de segurança, e, obviamente, se assim for feita a escolha pelo administrado, com todas as suas vantagens (rito, custos, rapidez do processo, preferência de julgamento etc.).

No Direito Tributário, o caso mais comum para impetração do mandado de segurança é aquele em que ocorreu um lançamento viciado, errado, cobrando algo que não poderia sê-lo. Nesses casos,

vejam, cabe sempre a *ação anulatória*, via natural e ordinária para defender o contribuinte contra o ato viciado. Mas, se for possível, por que não impetrar o mandado de segurança para reprimir esse lançamento? Se, na prova, o candidato percebe que se trata de uma hipótese realmente errada, constata que o contribuinte tem direito líquido e certo, que é possível prová-lo por via documental no próprio ato de impetração do mandado de segurança, para que ajuizar a ação ordinária? Faz-se o mandado de segurança. Agora, vejam o que é o fantástico: na prova, se vocês optarem por fazer a ação anulatória em vez de um mandado de segurança, VOCÊS NÃO ESTARÃO ERRANDO!!! Para que vocês sejam eliminados, por erro de peça, deve-se tratar de uma peça *INADEQUADA*. E, no caso, a ação anulatória é sempre uma peça *ADEQUADA* PARA IMPUGNAR UM LANÇAMENTO DO QUAL SE DISCORDA. É por isso que os gabaritos normalmente aceitam tanto o mandado de segurança como a anulatória, sem descontar pontos por se ter escolhido uma ou outra peça. Observem o exemplo do Exame da Ordem 2009.3, prova no ano de 2010. Nesse exame, o caso era flagrante para mandado de segurança. O gabarito oficial deu tanto mandado de segurança como anulatória. Na mesma linha, vejam a prova do Exame 2010.1, realizada em 25.07.2010; nesta, era uma ação declaratória preventiva... e o que aconteceu no gabarito? Aceitaram a declaratória, bem como todos os alunos que fizeram mandado de segurança preventivo. E isso, meus amigos, não porque a Banca queira ou não queira, e sim porque na advocacia é possível escolher qualquer dessas ações.

Portanto, o que digo sempre é: mandado de segurança é um *plus*; por ser mais célere, é sempre melhor; se você identificar na prova que cabe mandado de segurança, faça-o sem medo. Mas, como sempre me refiro na segunda fase aos alunos: na dúvida, se não estiver seguro para redigir um mandado de segurança, faça a ação ordinária. Só não pode fazer a ordinária se o examinador expressamente disser *impetre um mandado de segurança*, o que dificilmente ele fará, pois estará, de plano, identificando a peça. E, também, se fizer, melhor ainda, correto??? Afinal, fazer a petição inicial é uma ação fácil, simples, mecânica, e certamente não haverá dificuldade na sua elaboração. Sem mistério!

7. DEFESAS DO EXECUTADO: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL E EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Havendo execução fiscal em trâmite, o ideal é que ajuizemos ação de embargos à execução. Essa é a via ordinária de defesa contra a execução, salvo se o prazo estiver esgotado e se tornar intempestivo, os embargos são sempre cabíveis. O que sempre ensino a meus alunos é: se já tem execução, e ainda está no prazo para embargar, pode cravar embargos que será sempre uma peça adequada! Agora, existe a *magnificência,* não é, meus amigos! A advocacia linda, gol de placa, que em alguns casos podemos fazer! Falo da *exceção de pré-executividade* (EPE), incidente processual de defesa que permite ao executado se defender pedindo a extinção da execução sem qualquer contraditório ou necessidade de garantir o juízo. O raciocínio é muito parecido com a comparação

entre a escolha de fazer uma *ação anulatória* ou um *mandado de segurança* para impugnar um lançamento. Se já há execução, sempre caberá embargar (salvo se findo o prazo); e, às vezes, a depender da conjuntura fática, da matéria, caberá também a exceção de pré-executividade. Como digo sempre, em regra, onde cabe EPE, cabe embargar. Mas nem sempre na hipótese em que cabe embargar caberá EPE. A EPE é uma peça nobre, que quando o candidato faz, e ela realmente cabia, é valorizada pelo examinador. Para caber EPE, nos termos da Súmula 393 do STJ, é necessário que se possa provar de plano, documentalmente, que a execução não merece prosperar, apontando, por meio de uma simples petição de defesa (a própria EPE), que existe um vício insanável na execução, que o juiz pode conhecer isso de ofício, pedindo então que extinga a execução de imediato. Se o executado prova que a ação não merece prosseguir, sendo a matéria de ordem pública, deve o juiz então, em face das provas, extinguir o feito.

O que sempre digo aos alunos é: pessoal, se já existe execução, em regra devemos embargar. Se já tiver passado o prazo, entretanto, não poderemos fazê-lo. Nesses casos, se quisermos, podemos fazer uma ação anulatória, pois o STJ pacificou o entendimento de que ela cabe em tais hipóteses, para viabilizar o acesso à justiça e o exercício do contraditório. Mas, se está no prazo, o normal é fazermos a peça de embargos. É uma peça simples, sem qualquer grau de dificuldade. Em ambos os casos, tempestivos ou não os embargos à execução, se o candidato se sente mais à vontade para fazer uma EPE, por ter convicção de que a matéria é de ordem pública, envolve direito líquido e certo, sendo desnecessária a dilação probatória (ou seja, ele pode provar documentalmente o direito na simples interposição da EPE), ele pode aduzir a EPE. Como digo, é sempre uma *opção* e não a única peça cabível. Vejam, amigos, que é possível que, em uma execução, caibam embargos ou EPE, e isso é a coisa mais normal do mundo. Tanto aquele que fizer uma como aquele que fizer a outra acertará, pois, em ambos os casos, não estaremos tratando de peça *inadequada*.

TÍTULO II

MANUAL DE PETIÇÃO INICIAL

1. COMO FAZER UMA PETIÇÃO INICIAL

Para aprender a fazer uma *petição inicial*, o melhor caminho é **ENTENDER** a lógica do instrumento, para que então se raciocine de modo inteligente e se compreenda o caminho pelo qual se elabora e desenvolve sua estrutura! E, creiam, é fácil e simples aprender a fazer uma *inicial* quando se entende sua lógica! Vamos em frente...

Há várias técnicas para ensinar a fazer uma *petição inicial*. Costumo apresentar uma técnica que desenvolvi e que reputo didática, a qual tem ajudado meus alunos a aprender com maestria a *peticionar* em Juízo, bem como aos amigos que estudam para o Exame de Ordem. Tem-se revelado técnica infalível... aprende-se mesmo!

Nesse sentido, ensino que uma *petição inicial* tem ***três momentos***, ou ***três partes,*** naquilo que me permitirei chamar de:

- **MOMENTO 1 ou P1: Apresentação Formal ou Cabeçalho**
- **MOMENTO 2 ou P2: Corpo ou Estrutura**
- **MOMENTO 3 ou P3: Fechamento ou Rodapé**

Aprendendo-se por esse caminho de ensino, o candidato deve visualizar três etapas no *diálogo* que ele estabelecerá com o Estado juiz, formalizado nesse primeiro contato, a *petição inicial;* deve perceber que a primeira coisa é cumprimentar o juiz, indicar quem é ele, se apresentar, justificar qual fundamento legal permitiu vir até ele, informar qual é a ação apresentada e contra quem; esse é o primeiro momento, o da ***apresentação formal***. Em seguida, deve contar ao juiz qual foi o fato que o trouxe a postular a tutela jurisdicional pretendida, fundamentar o pedido dessa tutela-fim com base em argumentos jurídicos consistentes e, finalmente, pedir essa tutela e os demais postulados acessórios ligados a ela e ao processo; esse é o ***segundo momento***, em que realmente entra na *petição inicial* o ***conteúdo*** desse diálogo; por fim, após cumprir as formalidades e informar todos os dados necessários, o *peticionante* deve se despedir e aguardar o desenrolar do processo; nesse

desiderato, deve registrar qual *valor* que se atribui a *causa*, seguindo exigência imposta pelo CPC, e deve, enfim, registrar que aguarda o *deferimento* do que foi pedido, assinando e colocando a data e sua identificação pessoal, ou seja, o número de sua OAB; é o famoso jargão *"nesses termos, pede deferimento; advogado ____, OAB n.º ____/___, Local __________, Data___/___/___"*. Lembre-se que nas provas de concursos e Exame de Ordem o candidato jamais deve assinar em nome próprio (ou qualquer outro nome!), para não se identificar, sob pena de ser eliminado do concurso por estar se identificando para a Comissão Examinadora.

Resumindo esses três momentos, os quais serão detalhada e cuidadosamente explicados abaixo, podemos afirmar que a visão organizada que o *peticionante* tem que ter sobre cada detalhe que ele deve fazer constar em sua *petição* é a seguinte:

- **1.º MOMENTO – Apresentação Formal (P1)**

a) Cumprimentar o juiz e indicar a Vara a que pertence;

b) Apresentar-se, com qualificação completa;

c) Narrar o fundamento da ação, ou seja, indicar os dispositivos legais que permitem ajuizar a ação em tela;

d) Indicar qual é a *ação* interposta;

e) Informar quem é o réu, ou seja, contra quem se pretende opor a tutela requerida.

- **2.º MOMENTO (P2) – Conteúdo**

a) Narrar os FATOS;

b) Fundamentar juridicamente o que será pedido – é o famoso "DO DIREITO";

c) Pedir. Esse é o mais importante campo da peça – o clássico "DO PEDIDO".

Obs.: em regra o conteúdo é edificado nesses três passos; *fatos, fundamentos e pedido*; entretanto, em algumas peças podemos inserir alguns itens *extras*, como aprenderemos de peça em peça. Na peça de *Embargos do Executado*, por exemplo, podemos abrir *tópicos extras* para esclarecer alguns dados importantes, como o *"da tempestividade"*, o *"da garantia"* e ainda o *"do efeito suspensivo dos embargos"*; na mesma linha, na *ação anulatória* e também no *mandado de segurança*, quando queremos pedir a *tutela antecipada/liminar*, abrimos um *link* extra e falamos sobre o pedido da tutela de urgência, fazendo alguns comentários importantes. Logo, a conclusão é a de que, *em regra*, o conteúdo da petição inicial tem os três passos-padrão (dos fatos; do direito; do pedido), podendo ser a peça incrementada com alguns itens especiais em destaque que melhor esclarecem informações importantes que o juiz precisará ler.

- **3.º MOMENTO (P3) – DESPEDIDA ou RODAPÉ**

a) Atribuição do *valor da causa*;

b) Pedido de deferimento;

c) Assinatura, local e data.

Comecemos, então, a detalhar as explicações de cada um desses momentos, registrando todas as observações importantes para que vocês possam conhecer o caminho para se elaborar uma petição inicial com sucesso!

1.º MOMENTO – P1 – APRESENTAÇÃO FORMAL

Como elencado acima, a ***apresentação formal*** da sua ***petição inicial*** se edifica em cinco etapas, ou cinco *elementos,* frisando:

a) cumprimento (E1);

b) apresentação/qualificação; referência ao advogado e seu endereço (E2);

c) fundamento da ação (E3);

d) identificação da ação ajuizada (E4);

e) indicação do réu (E5).

Sigamos etapa por etapa esse caminho.

1.a) Cumprimento (E1 – Elemento 1)

A primeira coisa que vocês devem pensar é: o que é uma *petição inicial*? É o documento que formaliza o seu primeiro contato, seu primeiro diálogo com o Estado juiz, com o Poder Judiciário... Por via desse documento, você estará formalizando seu relato, seu pedido, e justificando por que você realmente acredita que pode pedir... Pense... o que é uma petição inicial? É o documento por meio do qual você contará ao juiz o motivo que lhe traz ao Judiciário, informando *o que* você pretende do Judiciário, qual a tutela jurisdicional almejada. Você deve pensar o seguinte: esse *papel* que propiciará seu contato *inicial* com o Estado Judicante deverá conter a escrita de tudo o que você quer que o juiz saiba, desde a narrativa dos fatos que lhe trouxeram a Juízo, bem como aquilo que você pretende postular, pedir, *peticionar*... MAS, ACIMA DE TUDO, O JUIZ PRECISA SABER QUEM VOCÊ É... QUAL AÇÃO VOCÊ ESTÁ AJUIZANDO... CONTRA QUEM...

Para que se instaure esse diálogo, todas essas informações têm que ser esclarecidas... E é de bom grado que, sendo você a iniciar o diálogo, saiba cumprimentar, com a educação e formalidade que o Direito exige, aquele com quem você está procurando o diálogo, o juiz... Logo, a primeira coisa a fazer no *inaugural contato,* na *petição inicial,* é cumprimentar o magistrado, e, não custa, chame-o

de “Excelência”, reverenciando-o com o cumprimento que louva e dignifica a sua atuação judicante... Chame-o de *doutor*, ainda que ele não tenha um *doutorado* e que isso não seja uma obrigatoriedade... Mas chame! É respeitoso... E o *Direito* louva tal postura... Por isso, comece sempre seu discurso dirigindo-se a ele com algo do tipo *Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito* , e, especifique com qual juiz você está falando, pois existem muitos... Ele certamente estará atuando em certa Vara, comum ou especializada, naquela Comarca onde você estará deflagrando seu intento de pleitear uma tutela jurisdicional... Logo, redija o início de sua peça da maneira mais diligente, cumprimentando o juiz da Vara que receberá sua petição, e assim redija o cabeçalho no tradicional jargão *Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ___ Vara ___ da Comarca _____* . Perceba que, se você está em uma prova de concurso, não necessariamente você precisa informar se a *Vara* é civil, de Fazenda, comum ou especializada, até porque dificilmente você conhecerá toda a organização judiciária brasileira. O que importa é que você demonstre à Comissão Examinadora que você sabe que a sua ação será distribuída e que “cairá” em alguma *Vara*; é isso que você tem que fazer constar na sua *inicial*. Fazendo isso, creia, você deu o primeiro passo: cumprimentou respeitosamente o juiz da Vara que receberá sua ação, após o critério de distribuição aplicado segundo as normas de organização judiciária.

Por fim, a observação derradeira que deixo ao amigo leitor é a de que, se a ação for ajuizada em face da União, faremos uma sutil modificação no cabeçalho da nossa *petição inicial*; em vez de falarmos em “Juiz de Direito”, falaremos em *“Juiz Federal”*; em vez de falarmos em *“___ Vara ___”*, falaremos em *“___ Vara Federal”*; finalmente, em vez de escrevermos *“... da Comarca _____”*, escreveremos *“... da Seção Judiciária ___”*. Logo, observemos, em um exemplo genérico, como ficam os cabeçalhos das nossas petições iniciais, nos casos de serem ajuizadas em face dos Estados/DF/Municípios ou em face da União:

 Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ___ Vara ___ da Comarca ____

(matéria Estadual ou Municipal)

 Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da __ Vara Federal da Seção Judiciária __

(matéria Federal)

Caminhemos agora para o segundo passo no aprendizado da elaboração da nossa petição inicial.

1.b) Apresentação/qualificação; referência ao advogado e ao seu endereço (E2 – Elemento 2)

Para o segundo passo, reflita: agora que você cumprimentou o juiz que receberá sua petição, é razoável que você se apresente, correto? O juiz, naturalmente, vai querer saber quem você é, concorda? Se alguém bate na sua casa e diz que veio pedir algo, no mínimo, de início, você vai querer saber quem é essa pessoa, certo? Nome, qualificação, nacionalidade, estado civil, endereço, CPF e identidade, são dados importantes a serem fornecidos. Faça isso e, aí sim, você e ele se conhecerão, tornando-se possível avançar nos próximos passos. Logo, nesse ponto específico da sua *inicial,* qualifique-se cumprindo, pelo menos, exatamente o que determina o Código de Processo

Civil no art. 282, II, o qual informa que a petição inicial deve conter o *nome*, *prenome*, *estado civil, profissão, domicílio* e *residência* do autor e do réu. Logo, após o cabeçalho, você deve iniciar sua escrita, por exemplo, da seguinte maneira: "Caio Tício, brasileiro, solteiro, engenheiro, CPF n.º _______, Identidade n.º ___________, domiciliado na cidade ____________ e com residência na ___________________".

Feito isso, agora que a parte já está qualificada, é necessário lembrar que ela precisa de um *advogado*, e que é por meio deste que se viabiliza a formalização do acesso ao Judiciário. Portanto, o postulante tem que ter um advogado (ainda que seja dativo!), e, em regra, o advogado sabe que deve fazer constar nos autos o substabelecimento, instrumento que formaliza a transmissão dos poderes representativos, ou, em uma linguagem mais comum, a *procuração mandatária* que lhe autoriza representar a parte judicialmente. Portanto, na sua petição inicial, faça a referência a esse documento, o qual, por certo, seguirá anexo. Além de fazer referência à procuração e ao advogado, faça constar na petição o endereço do advogado, para que ele possa receber todas as intimações e comunicados necessários, como reza o art. 39, I, do CPC. Nesse propósito, basta que você escreva *"... vem por meio de seu advogado, procuração anexa, o qual tem endereço para receber intimações e demais comunicados na Rua ___________".*

Nesses termos, observem a estrutura que a petição inicial já está ganhando nesse primeiro momento, o da apresentação formal, após dados os dois primeiros passos (cumprimento + apresentação/qualificação e referência ao advogado, com indicação do seu endereço):

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da __ Vara ___ da Comarca _____

Caio Tício, brasileiro, solteiro, engenheiro, CPF n.º _____, Identidade n.º ________, domiciliado na cidade __________ e com residência no endereço _______________, vem, por meio de seu advogado (procuração anexa), o qual tem endereço para receber todas e quaisquer intimações e demais comunicados no logradouro ___________.

Vamos ao próximo passo, que também é extremamente importante, e, nas provas da OAB, na segunda etapa, sempre recebem pontuação específica! Trata-se dos *fundamentos do ajuizamento da ação*, tema a seguir abordado!

1.c) Fundamento do ajuizamento (E3 – Elemento 3)

O terceiro e próximo passo é *fundamentar jurídica e legalmente o ajuizamento da ação*. Agora, é seu dever mostrar ao juiz que existe um determinado (ou mais de um) artigo(s) de certa(s) lei(s) que autoriza(m), em um caso como o seu, possa ser manuseada a ação que você está utilizando. Logo, faça constar na sua petição inicial esse esclarecimento, demonstrando que você sabe que existe autorização legal para ajuizar *essa ação* em casos como o seu. E, creiam, meus amigos, **para cada ação existe um rol de artigos a serem citados; e, juntos, são eles que dão embasamento e permissão para tal ajuizamento; QUALQUER QUE SEJA A AÇÃO QUE ESTEJAMOS MANUSEANDO, INDICAREMOS ESSE ROL ADEQUADO DE ARTIGOS, CASO A CASO**.

Uma dica importante: sempre citaremos o **art. 282 do CPC,** e mais algum ou alguns outros. O art. 282 do CPC é o que se refere à petição inicial, serve como cláusula geral que ensina os requisitos mínimos obrigatórios de qualquer petição. Portanto, qualquer que seja a ação tributária de que estejamos a nos valer, faremos referência ao art. 282 do CPC e aos demais que são especificamente focados nessa ação trabalhada no caso em tela.

Exemplifico. Se a peça a ser redigida for uma petição inicial em *mandado de segurança*, quais artigos utilizaremos para fundamentar nosso ajuizamento? Além do art. 282 do CPC, citaremos o art. 5.º da Constituição, em que resta autorizado o uso do *mandamus*: se for um mandado de segurança individual, citaremos o inciso LXIX; se for o mandado de segurança coletivo, trocamos de inciso e passamos a citar o art. 5.º, LXX, visto que é nesse subsequente inciso que aparece a referência permissiva de uso do mandado de segurança coletivo. Em ambos os casos, faremos expressa referência à Lei do Mandado de Segurança, que é a Lei 12.016/2009, e, em especial, citaremos os arts. 6.º e 7.º, III, dado que é o art. 6.º que cuida da petição inicial em mandado de segurança, e o art. 7.º, III, que fundamenta o pedido da *liminar*, o qual, com certeza, faremos no decorrer da peça. Logo, observem como fica o fundamento do ajuizamento numa petição inicial em mandado de segurança individual: *"... vem, nos termos do art. 5.º, LXIX, CRFB/1988, do art. 282, CPC e dos arts. 6.º e 7.º, III, da Lei 12.016/2009..."*. Ora, sendo assim, visualizem a nossa petição inicial ganhando mais um passo estruturante:

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da __ Vara ___ da Comarca _____

Caio Tício, brasileiro, solteiro, engenheiro, CPF n.º _______, Identidade n.º _________, domiciliado na cidade __________ e com residência no endereço __________________, vem, por meio de seu advogado (procuração anexa), o qual tem endereço para receber todas e quaisquer intimações e demais comunicados no logradouro _______________, *respeitosamente, perante V.Exa., nos termos do art.5.º, LXIX, da CRFB/1988, do art. 282 do CPC e dos arts. 6.º e 7.º, III, da Lei 12.016/2009,* impetrar o presente...

Adotando o mesmo modo de pensar e aprender, meus amigos, trabalhemos com outro exemplo. Façamos referência a uma *ação anulatória com pedido de depósito do montante integral*. Para essa ação, fundamentaremos seu ajuizamento citando o ***art. 282, CPC***, o ***art. 38 da Lei 6.830/1980*** (Lei de Execução Fiscal, que faz expressa referência à ação anulatória no seu art. 38) e, por fim, para nos referirmos ao *depósito do montante integral*, faremos alusão ao ***art. 151, II, do CTN***, o qual combinaremos com o ***art. 156, X, do CTN***, que cita a *extinção do crédito* pela *decisão judicial transitada em julgado*. Logo, sendo a ação uma *ação anulatória com pedido de depósito,* a nossa petição ganha esse corpo:

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da __ Vara __ da Comarca ______

Caio Tício, brasileiro, solteiro, engenheiro, CPF n.º _______, Identidade n.º _________, domiciliado na cidade __________ e com residência no endereço __________________, vem, por meio de seu advogado (procuração anexa), o qual tem endereço para receber todas e quaisquer intimações e demais comunicados no logradouro _______________, *respeitosamente, perante V.Exa., nos termos do art. 282 do CPC, art. 38 da Lei 6.830/1980 e dos*

arts. 151, II, e 156, X, do CTN, **ajuizar a presente...**

Se, em vez de se pretender realizar o *depósito do montante integral*, se optar pelo pedido de *tutela antecipada*, mudaremos alguns artigos! Continuaremos a falar do art. 282 do CPC e do art. 38 da LEF, mas não mais citaremos o art. 151, II, do CTN, o qual faz referência ao depósito do montante integral; no seu lugar, citaremos o art. 151, V, apenas mudando o inciso, já que é no quinto inciso do art. 151 que encontramos a referência da antecipação de tutela suspendendo a exigibilidade do crédito tributário no curso da ação anulatória. Por fim, sempre que peço tutela antecipada, cito também nas minhas petições os artigos do CPC, que reputo importantes para fazer referência a ela, quais sejam os arts. 273 e 585, § 1.º, do *codex processual*. Não que seja obrigatório, mas "cai bem" na petição! Logo, a nossa petição inicial ficaria da seguinte maneira:

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da __ Vara ___ da Comarca ________

Caio Tício, brasileiro, solteiro, engenheiro, CPF n.º _______, Identidade n.º _________, domiciliado na cidade __________ e com residência no endereço ___________________, vem, por meio de seu advogado (procuração anexa), o qual tem endereço para receber todas e quaisquer intimações e demais comunicados no logradouro _______________, *respeitosamente, perante V.Exa., nos termos dos arts. 282, 273 e 585, § 1.º, do CPC, art. 38 da Lei 6.830/1980 e dos arts. 151, V, c/c o 156, X, do CTN,* ajuizar a presente...

Por fim, deixo registrado que, se vocês quiserem um ***quadro resumo*** desses ***fundamentos de ajuizamento***, relativos a cada uma das ações tributárias, consultem o Título IX desta obra e, lá, vocês vão encontrar um quadro resumo, *maceteado*, em que aparecem todos os artigos a serem citados em cada ação ajuizável!

1.d) Indicação da ação. Dando "nome" à peça (E4 – Elemento 4)

Esse quarto passo é curto, simples e objetivo! Aqui, o que deve fazer o *peticionante*? Após fundamentar o ajuizamento da ação, deve agora o advogado dizer qual ação está sendo ajuizada! É de bom grado que se faça, e, nas provas da OAB, ***É IMPRESCINDÍVEL*** que se escreva tal nomenclatura, o que prova à Banca Examinadora que o candidato acertou a peça, identificou a ação correta!

Utilizaremos como linguagem-padrão a expressão ***"AJUIZAR",*** sempre que estivermos no uso de uma das ações tributárias clássicas (anulatória; declaratória; consignatória; repetitória) e ainda no uso dos embargos do executado; nesses termos, escreveremos, após fundamentarmos o ajuizamento, que a parte vem ***AJUIZAR a AÇÃO XXXX***.

Substituiremos a palavra *"ajuizar"* no caso de ***Mandado de Segurança*** (quando falaremos em ***"IMPETRAR" o presente MANDADO DE SEGURANÇA),*** bem como nos casos de ***exceção de pré-executividade*** (quando utilizaremos a nomenclatura ***"ADUZIR" a presente EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE)***, e, ainda, nos casos de ***RECURSOS*** (em que falaremos em

“INTERPOR” o presente recurso de APELAÇÃO).

De acordo com o exposto, observem a nossa petição inicial ganhando mais um passo e caminhando para o fechamento do seu ***primeiro momento***, o da ***apresentação formal,*** no exemplo de uma ação anulatória com pedido de tutela antecipada:

> **Exmº Sr. Dr. Juiz de Direito da ____ Vara _____ da Comarca ______**
>
> **Caio Tício, brasileiro, solteiro, engenheiro, CPF n.º _______, Identidade n.º _________, domiciliado na cidade __________ e com residência no endereço __________________, vem, por meio de seu advogado (procuração anexa), o qual tem endereço para receber todas e quaisquer intimações e demais comunicados no logradouro _______________, *respeitosamente, perante V.Exa., nos termos dos arts. 282, 273 e 585, § 1.º, do CPC, art. 38 da Lei 6.830/1980 e dos arts. 151, V, c/c o 156, X, do CTN,* ajuizar a presente.**
>
> **AÇÃO ANULATÓRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA**

Por fim, para que encerremos esse primeiro momento da nossa petição inicial, façamos o comentário derradeiro, referente ao quinto e último passo, qual seja, o da indicação do réu, ou seja, a narrativa da informação que revela *contra quem* se pretende opor a tutela jurisdicional requerida. Observemos:

1.e) Indicação do réu (E5 – Elemento 5)

Após todo esse caminho traçado, o desfecho vem com a lembrança de que é dever do *peticionante* informar ao juiz qual é a *Fazenda ré*, ou seja, contra quem se pretende fazer valer o direito requerido. Logo, após todos os passos já explicados e a identificação da ação, basta que se escreva a tradicional frase *“em face do Município (ou Estado ou União) ___________ / Fazenda Pública Municipal (ou Estadual ou Nacional)”*. Essa é a ***regra***, e assim procederemos em todas as ações cognitivas, a anulatória, a declaratória, a consignatória, a repetitória e nos embargos do executado.

Mudaremos sutilmente no incidente processual anômalo de defesa chamado *exceção de pré-executividade*, no *mandado de segurança* e nos *recursos*.

Vejamos primeiro um exemplo dentro da regra, em que demonstraremos uma petição inicial em uma ação anulatória com pedido de depósito em face de certo Município, que, no exemplo, será o Município do Rio de Janeiro, capital fluminense. Observemos:

> **Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ____ Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital/RJ**
>
> **Caio Tício, brasileiro, solteiro, engenheiro, CPF n.º _______, Identidade n.º _________, domiciliado na cidade __________ e com residência no endereço __________________, vem, por meio de seu advogado (procuração anexa), o qual tem endereço para receber todas e quaisquer intimações e demais comunicados no logradouro _______________, respeitosamente, perante V. Exa., nos termos do art. 282 do CPC, art. 38 da Lei 6.830/1980 e dos arts. 151, II e 156, X, do CTN, ajuizar a presente...**
>
> **AÇÃO ANULATÓRIA COM PEDIDO DE DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL**

Em face do Município do Rio de Janeiro/RJ, Fazenda Pública Municipal, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

Bem, se vocês visualizarem acima, o *primeiro momento* da petição inicial foi concluído, uma vez cumpridos os cinco passos elementares. Olhem o mesmo gráfico abaixo com o destaque de cada um dos cinco passos:

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ____ Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital/RJ (E1)

Caio Tício, brasileiro, solteiro, engenheiro, CPF n.º _______, Identidade n.º _________, domiciliado na cidade __________ e com residência no endereço __________________, vem, por meio de seu advogado (procuração anexa), o qual tem endereço para receber todas e quaisquer intimações e demais comunicados no logradouro _______________, respeitosamente, perante V.Exa., (E2)

nos termos do art. 282 do CPC, art. 38 da Lei 6.830/1980 e dos arts. 151, II, e 156, X, do CTN, ajuizar a presente (E3)

AÇÃO ANULATÓRIA COM PEDIDO DE
DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL (E4)

Em face do Município do Rio de Janeiro/RJ, Fazenda Pública Municipal, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos. (E5)

2.º MOMENTO – CONTEÚDO (P2)

Como exposto acima, o ***segundo momento*** a ser visualizado na nossa petição inicial é o que chamamos de ***conteúdo.*** Ele é composto por uma *"espinha dorsal"*, composta de três passos *(dos fatos; do direito; do pedido)*, podendo receber o acréscimo de alguns tópicos extras que são inseridos como *plus* nesse nosso segundo momento. E isso varia de petição para petição, de acordo com a natureza da ação. Caminhemos e observemos essas pontuações.

2.a) Dos fatos (E1)

Imagine se você fosse o juiz que está recebendo em seu gabinete aquela ação distribuída. Você lê as qualificações, vê quem é a parte, contra quem é a ação, identifica de plano a ação ajuizada, e, em seguida, qual sua primeira curiosidade? Por certo você pensará: "o que aconteceu? O que trouxe essa pessoa aqui para ajuizar essa ação? Quais foram ***os fatos*** que motivaram essa demanda?". Logo, é dever do peticionante informar ao magistrado, de modo sucinto e objetivo, quais foram os fatos que provocaram a contenda em evidência. E assim reza o art. 282, III, do CPC.

A recomendação que sempre dou aos meus alunos, quando do ensino da elaboração de petições iniciais para as provas de segunda fase do Exame da Ordem, é a de que sejam apenas *leais* ao que foi escrito no enunciado da questão. Não inventem, não narrem episódios ou informações que não foram

dadas pelo examinador. Na hora de descrever os fatos, basta citar a história contada pelo examinador, e, quando muito, usar as próprias palavras para explicar de modo objetivo ***essa*** história, elucidando a situação que motivou o ajuizamento da ação, mas sem jamais mudar o que foi apresentado pelo elaborador do quesito como situação fática ensejadora do problema.

2.b) Do direito. Dos fundamentos jurídicos do pedido (E2)

Esse é o passo mais *determinante* da petição inicial, pois é aqui que o advogado vai utilizar toda a sua argumentação jurídica para mostrar que tem direito à tutela jurisdicional pretendida. Ou seja, é nesse *espaço* da peça que o peticionante deve justificar, mediante uso de argumentos jurídicos, a tese, a qual legitima seus pedidos e demonstra ao juiz que assiste o bom direito à parte autora, para que então possa o magistrado, convencido pelo *fundamentos jurídicos do pedido,* acolher o pedido principal deferindo a tutela almejada.

Nesse ponto da peça entra o conhecimento que o candidato deve ter sobre o *direito material* e sobre as leis tributárias, bem como sua atualização jurisprudencial. Aqui estará a *questão central*, ou, como geralmente se afirma, *a questão de mérito!*

Algumas dicas objetivas para os alunos que farão a prova da OAB são importantes. Sempre que vocês estiverem utilizando o argumento jurídico que garanta o direito pretendido, caso se lembrem de terem lido a matéria em algum manual, ***citem a fonte doutrinária***, bem como, ***se possível***, também ***façam citação de um ou dois julgados do STF/STJ sobre o tema***. Façamos alguns comentários breves.

• **Citação de doutrina**

Até o Exame 2009.2, era permitida a consulta à doutrina, o que a partir do Exame 2009.3 foi vedado pelo ***Provimento 136/2009***, que substituiu o antigo Provimento 109/2005. Nesse propósito, fica mais difícil, é claro, fazer a citação doutrinária, mas ***não fica impossível!*** A recomendação que tenho dado a meus alunos é que ***leiam pelo menos um bom manual***. Nesse linear, o candidato se familiariza com pelo menos um doutrinador, o qual, certamente pode ter abordado a questão que caiu como mérito na sua prova; e, se assim for, terá o candidato segurança para citar esse doutrinador.

• **Citação de jurisprudência**

Quanto à jurisprudência, é importante acompanhar os ***informativos do STF e do STJ***, pois é altamente factível que a questão explorada pelo examinador tenha sido uma questão debatida nos Tribunais maiores em tempos recentes, quiçá de véspera mesmo. Se o aluno estiver acompanhando e lendo tais informativos, caso a questão seja exigida na prova, ele ficará seguro e à vontade para sustentar sua tese dentro dos limites em que a jurisprudência se edificou.

• **Matérias sempre potenciais e que devem ser estudadas**

a) o ***primeiro tema*** que vocês devem ***D-O-M-I-N-A-R*** é o dos ***PRINCÍPIOS & IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS***, garantias constitucionais que, quando caem como questão central da prova, em regra, estão sendo violadas; ou seja, é preciso conhecer o alcance dessas garantias para, na prova, detectar a sua violação e, assim, apontar o *fundamento jurídico do pedido*; como exemplo, citamos a

questão central do quesito formulado para elaboração da peça processual no Exame 2009.1, em que o mérito envolvia uma *imunidade tributária* que estava sendo desrespeitada;

b) o ***segundo tema*** que reputo ***F-U-N-D-A-M-E-N-T-A-L***, e asseguro a vocês que deve ser ***D-O-M-I-N-A-D-O***, é o da compreensão sobre os ***fatos geradores dos impostos, taxas e contribuições especiais***. É imprescindível que o candidato saiba, conheça, entenda quais são as condutas que são ***típicas*** para que incida cada um dos impostos previstos no Sistema Tributário e para que possam ser cobradas as *taxas* e as contribuições especiais. Veja-se, por exemplo, a questão central no Exame 2009.2, que envolvia o conhecimento básico, bem básico mesmo, sobre o fato gerador do ICMS e do ISS. Qual ente poderia tributar aquela prestação de serviço apresentada pelo examinador? É sempre possível que a questão envolva uma tributação com certo imposto, ou de certa taxa, ou de determinada contribuição especial, mas em situação fática em que, *de fato e de direito*, ***não ocorreu o fato gerador***, e essa será a base de toda a argumentação a *fundamentar juridicamente* o pedido principal. Pode acontecer de ser uma tributação contra a qual se pretende insurgir e não pagar, o que pode fomentar como peça a ser elaborada uma *ação anulatória*, ou um *mandado de segurança*, ou os *embargos do executado* ou até mesmo a *exceção de pré-executividade*; da mesma forma, pode ser uma *ação repetitória*, caso o contribuinte já viesse pagando o tributo indevidamente etc.

c) o ***terceiro tema F-U-N-D-A-M-E-N-T-A-L*** é o da ***responsabilidade tributária***; muitas vezes, e isso ocorre no dia a dia, uma pessoa está sendo responsabilizada por dívida que não tem o dever de pagar, dívidas de pessoas jurídicas, dívidas ligadas a bens adquiridos, e, nesse linear, precisa se defender contra a execução ajuizada ou da simples cobrança feita extrajudicialmente; portanto, é ***imprescindível*** que o candidato conheça ***os limites legais*** dentro dos quais se pode imputar ***responsabilidade tributária*** a alguém por dívida que não causou pessoalmente; e, na prova, como regra, a questão elaborada estará materializando a violação a esses limites, e, se o candidato conhecer a matéria, saberá apontar o vício e fundamentar juridicamente, de modo adequado, seu pedido. Nesse tema específico, ***é determinante*** uma ***cuidadosa pesquisa*** no ***site do STJ***. Sempre digo a meus alunos: *"invistam"* o seu tempo nessa pesquisa; o STJ vem pacificando as grandes controvérsias sobre *responsabilidade tributária*, e é fundamental que o aluno esteja atualizado;

d) o ***quarto tema ESPECIAL*** a ser estudado é o da ***prescrição e da decadência***; matérias de defesa, que na relação tributária se afeiçoam como causas de *extinção do crédito*, o que *favorece o contribuinte;* logo, se o candidato consegue detectar que se materializou um desses dois feitos extintivos do crédito, encontra o fundamento central do pedido e "mata" a questão;

e) por fim, o ***quinto tema ESSENCIAL*** que o candidato deve conhecer é o da ***teoria das isenções***, pois, muitas vezes, o poder público abusa na revogação de isenções, na concessão anti-isonômica de isenções, e assim ocorre a violação a um direito líquido e certo do

contribuinte; logo, fundamental que o candidato conheça a matéria!

Seguindo com o nosso aprendizado, a nossa *petição inicial* já está ganhando substancial corpo. Visualizemos aonde já chegamos, fazendo referência aos fatos e aos fundamentos jurídicos do pedido. Tomemos como exemplo a ação anulatória com pedido de depósito:

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ____ Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital/RJ

Caio Tício, brasileiro, solteiro, engenheiro, CPF n.º _______, Identidade n.º _________, domiciliado na cidade __________ e com residência no endereço __________________, vem, por meio de seu advogado (procuração anexa), o qual tem endereço para receber todas e quaisquer intimações e demais comunicados no logradouro _______________, respeitosamente, perante V.Exa., nos termos do art. 282 do CPC, art. 38 da Lei 6.830/1980 e dos arts. 151, II, e 156, X, do CTN, ajuizar a presente...

AÇÃO ANULATÓRIA COM PEDIDO DE DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL

em face do Município do Rio de Janeiro/RJ, Fazenda Pública Municipal, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

I – DOS FATOS

II – DO DIREITO. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO.

Antes de partirmos para o *terceiro passo* desse nosso *segundo momento*, façamos alguns comentários esclarecedores. Como já citado anteriormente, às vezes podemos colocar entre o *item I* e o *item II* alguns subitens, e isso varia de *peça a peça*. Logo, quando assim fizermos, na nossa petição inicial o item *DO DIREITO* não será o *item II*, recebendo uma numeração mais sequenciada. Exemplifico com alguns modelos de *petição inicial*.

Começo pela própria anulatória com pedido de depósito, em que podemos fazer expressa referência ao *depósito*, destacando item específico para demonstrar que *o depósito já foi feito e informar que o comprovante segue anexo*, ou, simplesmente, para formalizar o intento de *proceder ao depósito* para fins de suspender a exigibilidade do crédito. Nesse propósito, analisemos como ficaria a elaboração do *conteúdo* da nossa petição:

I – DOS FATOS

II – DO DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL

III – DO DIREITO. DOS FUNDAMENTOS DO PEDIDO

Na mesma propagação de raciocínio, se a anulatória for acompanhada de pedido de *antecipação de tutela* em vez de pedido de depósito, o *item II* será o *"DA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA"*, e não *"do depósito"*. Vejamos:

I – DOS FATOS

II – DA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

III – DO DIREITO. DOS FUNDAMENTOS DO PEDIDO

Apresento outro exemplo de especializações nos *itens* do *conteúdo* da *petição inicial*, no espaço entre a descrição dos fatos e a apresentação dos fundamentos jurídicos do pedido. Narro o exemplo dos *embargos do executado*. Nestes, é razoável inserirmos três referências especiais: a) à *tempestividade* dos embargos; b) à *garantia* feita para dar admissibilidade aos *embargos*; c) do *efeito suspensivo* dos *embargos*. Nesse desiderato, visualizemos o conteúdo da nossa *inicial embargante*:

I – DOS FATOS

II – DA TEMPESTIVIDADE DOS PRESENTES EMBARGOS

III – DA GARANTIA OFERECIDA

IV – DO EFEITO SUSPENSIVO

V – DO DIREITO. DOS FUNDAMENTOS DO PEDIDO

Em linhas de conclusão, apenas para ilustrar um último exemplo, cito o *mandado de segurança*. Neste, é necessário abrir tópico de destaque para apontar *o ato coator e autoridade coatora,* bem como *a pessoa jurídica à qual ela é vinculada*. Em seguida, abrimos um segundo tópico para falarmos da *LIMINAR*. Visualizemos:

I – DOS FATOS

II – DO ATO COATOR. DA AUTORIDADE COATORA E DA PESSOA JURÍDICA À QUAL É VINCULADA

III – DA LIMINAR

IV – DO DIREITO. DOS FUNDAMENTOS DO PEDIDO

2.c) Do pedido (E3)

Aqui formalizamos o nosso pleito, esclarecendo *exatamente* o que queremos do Judiciário como tutela jurisdicional pretendida, na devida dosimetria. Costumo ensinar aos meus alunos uma regrinha para ajudar no raciocínio jurídico e facilitar a visualização do *pedido*. O primeiro ponto é perceber que existe o chamado ***Pedido Específico***, que varia de *ação para ação*, bem como os ***Pedidos Genéricos.*** O que chamamos de *pedido específico* é aquilo que se revela como *o principal* fim almejado com a ação; já por *pedidos genéricos* falamos dos pedidos que se fazem em diversas ações

igualmente, como o requerimento de citação do réu, por exemplo. Façamos alguns comentários interessantes sobre os *pedidos*.

• **Pedidos Genéricos:**

Existem pedidos que quase sempre fazemos, independentemente de qual seja a ação manuseada no caso concreto. Salvo algumas pequeninas exceções, em regra, nesse ***pedido genérico***, formalizamos três pedidos ao magistrado, a saber:

a) a ***citação do réu;***

b) a ***permissão para a produção de todas as provas cabíveis;***

c) a ***condenação do réu ao pagamento de verbas sucumbenciais e honorários advocatícios***.

Ressalvados alguns casos especiais, a seguir comentados, sempre elaboraremos esses três pedidos na nossa petição; afinal, pensem: é necessário requerer a citação do réu, nos termos do art. 282, VII, do CPC, sob pena de não se convalidar o processo (art. 214, CPC); é de bom grado pedir permissão para fazer todas as provas necessárias para demonstrar a verdade e a titularidade do direito alegado, se realmente for preciso, e, caso não se possa trazê-las de plano na própria petição, nos termos do art. 282, VI, do CPC; por fim, importante pedir a condenação do réu, caso vencido, a pagar todas as verbas devidas ao final do processo, reembolsando as despesas processuais e remunerando com honorários o advogado da parte vencedora, nos termos do disposto no art. 20 do CPC.

Esse é o modelo *regra*, e assim agiremos em quase todas as nossas peças. Sempre faremos esses pedidos nas ações típicas tributárias, como a *anulatória,* a *declaratória*, a *repetitória* e a *consignatória*. Também os faremos nos *embargos do executado.* Há, entretanto, algumas considerações especiais a serem comentadas sobre esses *pedidos genéricos.*

O primeiro destaque que faço é quanto ao *mandado de segurança*. No uso desse remédio constitucional não se pede para produzir provas, pois as provas têm que ser documentais e acostadas na própria petição inicial; ou seja, no mandado de segurança a prova é *pré-constituída*, e, logo, não se faz o *pedido genérico* de produção de provas. Também no mandado de segurança não se pode pedir a *condenação da Fazenda ré,* caso vencida*, ao pagamento de honorários advocatícios*, em face da vedação prevista na parte final do art. 25 da Lei 12.016/2009, acolhendo tese prevalecente nos Tribunais de que em sede de mandado de segurança não há “parte vencida”, e sim *ato coator impugnado*. Nesse linear, não se pode pedir condenação em honorários em sede de mandado de segurança. Quanto às demais verbas sucumbenciais, relativas às despesas com custas no processo, plenamente viável pedi-las; ainda assim, mesmo que não se formalize tal pedido, o direito é assegurado, tanto em razão de o art. 25 da Lei do Mandado de Segurança não vedar, como pelo fato de o art. 20 do CPC assegurar, e ainda porque no art. 282 não se exige a formalização desse pedido. Na prática, a maioria dos advogados nem chega a pedir por expresso.

Logo, em sede de mandado de segurança, o ***pedido genérico*** não trará o pedido para produção de provas nem de condenação em honorários advocatícios. Ainda em sede de mandado de segurança, importante frisar que deve ser requerida a *intimação* do Ministério Público para se manifestar, nos

termos do art. 12 da Lei 12.016/2009. Quanto a esse ponto, friso que requerer que seja ouvido o *parquet* não é um ônus do advogado, e sim um dever do juiz, mas, como o STF entende que, caso não seja intimado o Ministério Público, o mandado de segurança será nulo, é da *práxis* advocatícia que na inicial já se formalize o requerimento para que seja intimado o Ministério Público. Logo, no *pedido genérico* em sede de mandado de segurança temos algumas diferenças quanto à maneira como construímos esse *pedido genérico* nas ações ordinárias tributárias; enquanto nessas ações pedimos a citação do réu, a permissão para produção de provas e a condenação do réu em verbas sucumbenciais e honorários advocatícios, no mandado de segurança não pedimos a citação do réu, pois, na verdade, "não há réu"; pedimos a *notificação da autoridade coatora*, e, ainda, a *intimação* do Ministério Público, bem como não pedimos permissão para produção de provas nem a condenação em honorários advocatícios.

A segunda e a terceira observações quanto à quebra da regra no *pedido genérico* se fazem quanto às duas maneiras de um *executado* se defender em sede de *execução fiscal*, ou seja, tanto pela via dos *embargos do executado*, bem como em sede de *exceção de pré-executividade*.

Nos *embargos*, em vez de se requerer a *citação* do réu, pede-se a *intimação* do réu na pessoa de seu representante, como determina o art. 17 da Lei de Execuções Fiscais.

Em sede de *exceção de pré-executividade*, o pedido é extremamente simples; pedimos apenas a condenação em honorários advocatícios, visto que a jurisprudência marcha no sentido de não aceitar a condenação do exequente *excepto* em verbas sucumbenciais, por entender que não há que falar em *sucumbência* em sede de *EPE*; também não se pede citação do réu, o que não faria qualquer sentido, uma vez que a exceção é atravessada nos próprios autos da execução fiscal ajuizada; por fim, também não se pede, em sede de *EPE*, para se produzirem provas, pois em EPE não se admite dilação probatória, semelhante ao mandado de segurança nesse quesito.

Por fim, rogo a atenção de vocês para se lembrarem que, em uma petição inicial, o segundo momento é o do *conteúdo*, e, após os dois primeiros passos (narrar os *fatos* e apresentar os *fundamentos jurídicos do pedido*), marchamos para o terceiro e derradeiro passo desse *segundo momento*, quando então formalizamos o nosso *pedido*. No *"do pedido"* trabalhamos com o *PEDIDO ESPECÍFICO*, tendo cada ação o "seu", e os *PEDIDOS GENÉRICOS*, que são pedidos iguais que fazemos em quase todas as ações. Nas quatro ações tributárias típicas (ação anulatória; ação declaratória; ação consignatória; ação repetitória), elaboramos três pedidos genéricos:

a) citação do réu;

b) pedido de permissão para produção de provas;

c) condenação do réu ao pagamento de verbas sucumbenciais e honorários advocatícios.

Em sede de embargos do executado vimos que a mudança é singela, apenas se deixando de pedir a *citação*, para se pedir a *intimação* da Fazenda ré. Em sede de exceção de pré-executividade, ao lado do *pedido específico*, pedimos apenas a condenação da Fazenda *excepta* ao pagamento de honorários advocatícios. Por fim, em mandado de segurança não pedimos para produzir provas nem pedimos

condenação em honorários advocatícios; não pedimos a citação do réu, e sim a notificação da autoridade coatora; pedimos a intimação do Ministério Público.

Vistos os comentários sobre o *PEDIDO GENÉRICO*, tratemos a seguir dos *PEDIDOS ESPECÍFICOS!*

• Pedidos Específicos:

Em cada ação temos o chamado *PEDIDO ESPECÍFICO*, que, na verdade, pode ser composto por dois ou até mais *pedidos*, um deles chamaremos de *PEDIDO ESPECÍFICO SUBSTANCIAL ou PRINCIPAL (PEP),* e os demais, que denominaremos *PEDIDOS ESPECÍFICOS ACESSÓRIOS ou CONEXOS (PEAs)*. Esses pedidos têm ligação direta e perfeita com o *mérito* de cada ação e com a indicação nuclear da *tutela jurisdicional pretendida*, a qual, por lógico, varia de uma ação para outra. Exemplifiquemos.

Em uma *ação de repetição de indébito*, o que a parte pretende em juízo? Cabe apenas uma resposta: a condenação da Fazenda ré a restituir o montante pago indevidamente, correto? Portanto, o *PEDIDO ESPECÍFICO* em uma *AÇÃO REPETITÓRIA* é o de que *seja julgada procedente a ação para fins de condenar a ré a repetir o montante apontado, em face de todos os fundamentos apresentados*. E é *"específico"* pois somente na ação repetitória é que se formula pedido como esse.

No entanto, se tratar-se de uma *ação anulatória*, o *pedido específico* só pode ser o de que *seja julgada procedente a ação para fins de anular o lançamento e declarar extinto o crédito tributário atacado, em face dos fundamentos ante esposados.* Logo, observem que em cada ação temos um *PEDIDO ESPECÍFICO PRINCIPAL ou SUBSTANCIAL*, com o qual o advogado, em nome e no interesse da parte, pede a tutela primordial que está sendo buscada. No caso da *anulatória*, é evidente que o *PEDIDO ESPECÍFICO PRINCIPAL* vem acompanhado de um *PEDIDO ESPECÍFICO ACESSÓRIO ou CONEXO,* qual seja, o de que *se conceda a tutela antecipada nos termos formulados e em face dos fundamentos apresentados, para fins de suspender a exigibilidade do crédito tributário* (nos casos de anulatória com pedido de antecipação de tutela) ou então *que se autorize o depósito do montante integral em dinheiro para fins de suspender a exigibilidade do crédito tributário, em face dos fundamentos ante esposados* (nos casos de anulatória com depósito do montante integral).

Já se estivermos falando de uso de *embargos do executado*, o *PEDIDO ESPECÍFICO PRINCIPAL* é o de que *seja julgada procedente a ação embargante para fins de declarar a inexistência da dívida executada, reconhecendo a nulidade da CDA e afirmando a extinção do crédito tributário exequendo*. Acompanhando esse *pedido específico principal*, vem o *PEDIDO ESPECÍFICO CONEXO*, qual seja, o de que *seja autorizado o levantamento da garantia ao final do processo*.

Portanto, constatem, meus amigos e amigas, que ***SEMPRE*** faremos um ***PEDIDO ESPECÍFICO PRINCIPAL*** e ***EVENTUALMENTE*** elaboraremos, em seguida, um ou alguns ***PEDIDOS ESPECÍFICOS ACESSÓRIOS***, todos ligados ao mérito do que queremos, pedidos esses com os quais realmente formalizamos o nosso pleito externando aquilo que verdadeiramente buscamos ao

final do processo.

Analisemos o modelo da nossa *petição inicial* formatada com base em todas as informações que já aprendemos, exaurindo o *primeiro* e o *segundo* momentos, quais sejam, a *apresentação formal* (em seus cinco passos) e o *conteúdo* (em seus três passos). Visualizem no exemplo de uma *ação anulatória com pedido de depósito*:

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ____ Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital/RJ

Caio Tício, brasileiro, solteiro, engenheiro, CPF n.º _______, Identidade n.º _________, domiciliado na cidade __________ e com residência no endereço __________________, vem, por meio de seu advogado (procuração anexa), o qual tem endereço para receber todas e quaisquer intimações e demais comunicados no logradouro _______________, respeitosamente, perante V.Exa., nos termos do art. 282 do CPC, art. 38 da Lei 6.830/1980 e dos arts. 151, II, e 156, X, do CTN, ajuizar a presente...

AÇÃO ANULATÓRIA COM PEDIDO DE
DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL

em face do Município do Rio de Janeiro/RJ, Fazenda Pública Municipal, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

I – DOS FATOS

II – DO DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL EM DINHEIRO

III – DO DIREITO. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO

IV – DO PEDIDO

a) PEDIDOS ESPECÍFICOS

b) PEDIDOS GENÉRICOS

3.º MOMENTO – DESPEDIDA (P3)

Esse é o mais simples e mais curto dos três momentos da nossa *petição inicial*. Noventa e nove por cento da estrutura dela já foi conclusa. Ainda assim, é importante saber formular de maneira técnica e adequada esse fechamento da *peça inaugural*. E, nas provas do *Exame da Ordem,* nas segundas fases de *Direito Tributário*, a Banca Examinadora atribui pontuação nesse momento, distribuindo *graus* nos quesitos que apresentaremos a seguir.

São três passos extremamente objetivos a serem elencados, conforme já citado anteriormente:

a) atribuição de *valor à causa*;

b) *pedido de deferimento*, em face de todo o exposto;

c) firmar *local, data* e *assinar* a peça, consignando o número de inscrição da OAB do advogado peticionante.

Ora, nos termos dos arts. 258 e 259 do CPC, toda ação deve ter um *valor da causa*, o qual deve constar de modo expresso na petição inicial. E esse é o ***primeiro passo da DESPEDIDA*** da nossa petição inicial.

Nas provas do Exame de Ordem, é fundamental que o candidato coloque na sua petição inicial o famoso jargão *"dá-se a causa o valor R$________"*. Costumo dizer a meus alunos que não chega a ser imprescindível que se *especifique qual é esse valor, em números*, porém, e isso sim é fundamental, cito que é necessário abrir na peça o tópico que se refira ao *valor da causa,* pois é essa informação que a Banca Examinadora quer ver, detectando que o candidato tem conhecimento das exigências dos citados arts. 258 e 259 do CPC e sabe que em uma petição inicial se deve atribuir valor à causa.

A única peça em que não é necessário atribuir *valor à causa* é a *Exceção de Pré-Executividade*, pois, de fato, não se trata de uma petição inicial em ação judicial, visto que a EPE sequer tem natureza de ação, sendo apenas um incidente processual anômalo que se revela como importante via de defesa de um executado, quando a matéria autoriza seu uso. Nesta, é despiciendo atribuir valor à causa, o qual, com certeza, seria o arbitrado pela Fazenda exequente na petição inicial da ação executiva objeto do ataque excipiente.

Por fim, quanto a esse *primeiro passo*, o de atribuir o *valor à causa*, chamo a atenção para o fato de que na inicial em *embargos do executado* o valor da causa será o mesmo atribuído pela petição inicial exequente, o qual é determinado pelo valor do montante objeto do título executivo e da própria execução fiscal; o art. 6.º, § 4.º, da LEF determina que na inicial executiva o valor da causa seja o mesmo da dívida exequenda constante da certidão de dívida ativa, e, por logo, não pode ser diferente o da ação embargante.

O ***segundo e penúltimo passo*** desse terceiro momento é o de se fazer constar na peça a tradicional expressão *"nesses termos, pede deferimento"*, ou, como simplesmente é colocado de modo abreviado, *"N.T., p.d."*. Não que seja obrigatório, essencial, jamais. É apenas uma maneira cordial de encerrar o diálogo estabelecido desde o endereçamento da ação formalizado na elaboração do cabeçalho, ou no *cumprimento*, como chamamos. Portanto, sempre oriento meus alunos, após atribuírem o valor da causa, a formalizarem de modo solene o encerramento de sua "fala" (escrita!), reiterando o pedido de deferimento de tudo o que foi pleiteado, após toda a exposição feita. Por isso, o famoso *"nesses termos, pede deferimento"*, ou, então, *"em face do exposto, aguarda acolhida"*, ou como cada um queria formalizar.

Após tudo isso, o ***derradeiro terceiro passo***, com o qual se fecha o ***terceiro momento*** e ***a própria petição inicial***. Devemos firmar a data e local, bem como escrevermos *"Advogado ________, OAB n.º ______",* com o que demonstramos que existe um advogado assinando a peça e identificando-o pelo número de inscrição perante a Seccional da OAB em que é inscrito. Aqui, nesse quesito último, peço a todos vocês ***M-Á-X-I-M-A A-T-E-N-Ç-Ã-O*** para o ***mais importante de todos os comentários feitos até aqui:*** é determinante que vocês, ao redigirem a peça, qualquer que seja a ação em tela, ***J-A-M-A-I-S A-S-S-I-N-E-M COM O NOME DE VOCÊS!*** Se vocês fizerem isso

serão eliminados sumariamente do concurso, pois nenhum candidato pode se identificar para a Banca, o que levantaria desconfortáveis argumentos quanto à idoneidade e imparcialidade da correção. Portanto, basta que vocês façam referência ao tópico, deixando o espaço em branco onde se escreveria o nome do advogado e se colocaria o número da inscrição, ou então, se o examinador der nome ao advogado e número a sua inscrição, vocês utilizam o que foi fornecido pelo examinador na elaboração da questão.

Sendo assim, em face de todo o exposto até aqui, visualizemos nossa petição inicial, enfim conclusa, com o já habitual exemplo da ação anulatória com pedido de depósito do montante integral em dinheiro:

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ____ Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital/RJ

Caio Tício, brasileiro, solteiro, engenheiro, CPF n.º _______, Identidade n.º _________, domiciliado na cidade __________ e com residência no endereço __________________, vem, por meio de seu advogado (procuração anexa), o qual tem endereço para receber todas e quaisquer intimações e demais comunicados no logradouro _______________, respeitosamente, perante V.Exa., nos termos do art. 282 do CPC, art. 38 da Lei 6.830/1980 e dos arts. 151, II, e 156, X, do CTN, ajuizar a presente...

**AÇÃO ANULATÓRIA COM PEDIDO DE
DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL**

em face do Município do Rio de Janeiro/RJ, Fazenda Pública Municipal, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

I – DOS FATOS

II – DO DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL EM DINHEIRO

III – DO DIREITO. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO.

IV – DO PEDIDO

c) Pedidos específicos

d) Pedidos genéricos

Dá-se a causa o valor R$ ____________________

Nesses Termos,

Pede deferimento.

Local _______________, Data ___ / ___ / ______

Advogado ________________ , OAB n.º __________

Por fim, meus amigos, reitero que no *site* <www.supermandaoab.com.br> vocês encontrarão informações super úteis e importantes quanto às peças a serem elaboradas, bem como modelos preparados de petições iniciais em cada uma das ações, e ainda dados e dicas elementares para que vocês possam obter o maior êxito possível no aprendizado e na prática da elaboração das petições

iniciais em matéria tributária!

TÍTULO III

AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL

CAPÍTULO I

DA AÇÃO ANULATÓRIA

1. NOÇÕES GERAIS. CASOS DE ADMISSIBILIDADE. RITO

A *ação anulatória* é a mais comum das ações tributárias manuseáveis pelos contribuintes, sendo viável sempre que certa pessoa recebe lançamento de dívida tributária da qual discorda e pretende questionar judicialmente, no intento de invalidar o lançamento feito e obter a declaração judicial de extinção do crédito cobrado no procedimento administrativo. Seja uma simples notificação fiscal ou até mesmo a aplicação de um auto de infração, caso o contribuinte sujeito passivo de tal cobrança discorde da idoneidade da mesma, por quaisquer que sejam o motivo e fundamento, poderá questioná-la judicialmente.

Reflete a via ordinária e natural de exteriorização do contraditório no Judiciário em matéria tributária, por meio da qual o contribuinte busca uma tutela jurisdicional desconstitutiva, anulatória do procedimento administrativo de cobrança de dívida tributária. Se o contribuinte estiver correto em suas razões, de certo logrará êxito e obterá uma sentença favorável, a qual produzirá seu duplo efeito primordialmente pretendido, qual seja, a declaração de invalidade do lançamento (e a consequente extinção do crédito), bem como sua *anulação*, aparecendo nesse último efeito citado a sua carga principal, a carga *constitutiva negativa*.

A ação obedece o rito comum, trafegando pelo Judiciário com base nas normas de regência do procedimento ordinário.

2. DA NATUREZA E DO OBJETO

A *ação anulatória* é uma ***ação cognitiva***, por meio da qual é possível alegar toda e qualquer

matéria que seja de interesse do contribuinte e que possa ser útil no processo. No escopo de provar o erro na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) ou no Auto de Infração aplicado, pode o administrado ajuizar a presente ação requerendo judicialmente a desconstituição do procedimento praticado contra seu bom direito, sendo cabível alegar tudo o que seja pertinente no propósito de convencer o magistrado de sua melhor razão. O *objeto* da ação é, portanto, o procedimento administrativo de cobrança praticado, recaindo o pedido principal na invalidação do mesmo.

Conforme o exposto no tópico antecedente, não custa frisar que a ação é, além de cognitiva e ordinária, uma ação de pretensão *desconstitutiva*, sendo esse seu primordial objetivo.

3. DA LEGITIMIDADE

A legitimidade ordinária para o ajuizamento da ação em comento é do sujeito passivo contra quem se promoveu a cobrança indevida. Como qualquer pessoa pode ser sujeito passivo de uma cobrança tributária, a *ação anulatória* pode, *a priori*, ser intentada por qualquer pessoa, física ou jurídica, até mesmo por entes despersonalizados como o espólio e a massa falida, especialmente em situações de *sucessão tributária*.

O que deve ficar claro é que, para se ter legitimidade ativa na propositura da *ação anulatória,* a pessoa que a deflagra deve ser exatamente aquela que recebeu em seu nome a cobrança da dívida que entende ser equivocada. Ou seja, não podem terceiros ajuizar ações anulatórias em nome alheio, postulando em juízo interesse de outrem.

Tradicional questão de ocorrência prática é a que envolve os contratos de locação: locatários, muitas vezes, pretendem ajuizar ações anulatórias contra os lançamentos de IPTU e taxas realizados pelo fisco, não sendo admitida em hipótese alguma tal prerrogativa em favor de tais pessoas. A Lei de Locações até permite que no contrato locatício imobiliário o locador repasse as dívidas tributárias relativas a impostos e taxas cobradas pelo fisco para o locatário (Lei 8.245/1991, art. 22, VIII), ficando este ***contratualmente*** obrigado para ***com o locador*** a cumprir o dever ***contratualmente estipulado*** e ***civilmente*** exigível de pagar as ***dívidas do locador*** ao ***credor do locador, o fisco***. Em tais situações, a relação se dá apenas entre o locador e o locatário, valendo a cláusula exclusivamente entre eles, não tendo esta qualquer oponibilidade à Fazenda Pública, que, na qualidade de credora do passivo fiscal, cobrará sempre daquele que realmente lhe deve, a pessoa que a lei tributária elege como sujeito passivo, no caso, o proprietário locador. Em tais situações, rotineiras na sociedade brasileira, não há qualquer relação tributária entre o fisco e o locatário. A Fazenda não cobra tributo do locatário, mas sim do locador, não cabendo ao fisco se envolver nas relações privadas entre o proprietário do imóvel e quem quer que seja, sendo correto afirmar, inclusive, que quaisquer convenções particulares articuladas são gravadas pela inoponibilidade à Fazenda Pública, como reza o art. 123 do CTN. Por tal motivo coerente concluir que o locatário jamais terá legitimidade ativa para manusear uma ação anulatória contra eventual lançamento fiscal, uma vez que não é ele o destinatário da cobrança promovida, não integrando a estrutura subjetiva da

relação substancial, não podendo trafegar nas relações processuais questionadoras do ato da Administração.

4. DA DESNECESSIDADE DO DEPÓSITO PARA SER CABÍVEL E ADMISSÍVEL A AÇÃO ANULATÓRIA

Polêmica questão que sempre cercou o direito processual tributário brasileiro reside em saber se o ajuizamento de uma ação anulatória por parte de certo contribuinte depende do procedimento de depósito do montante integral em dinheiro. Ou seja, questiona-se se seria o depósito do valor cobrado um requisito objetivo de procedibilidade para que o magistrado pudesse dar admissibilidade à *ação anulatória*. E a resposta é *negativa*, a toda evidência. Não seria razoável, em face das lentes da garantia constitucional do acesso à justiça, condicionar o ajuizamento da ação à realização do depósito prévio. Comprometeria a cláusula constitucional estampada no art. 5.º, XXXV, a sujeição da viabilidade de manuseio da ação em estudo a tal exigência.

Imagine o leitor a hipótese de uma cobrança ser realmente equivocada, e a pessoa que recebe a notificação para pagar o que não deve ter que garantir o valor de tal exigência viciada para poder exercer o direito de discutir o mérito da conduta agressora. Ou seja, o exercício do contraditório ficaria condicionado ao pagamento da dívida objeto da cobrança indevida. Seria realmente um absurdo em face do dogma da inviolabilidade do acesso ao Judiciário, visto que muitas pessoas certamente não teriam recursos disponíveis para realizar o depósito. Pagar o que é devido em um país de carga tributária confiscatória e flagrantemente desproporcional à capacidade contributiva efetiva individual já é difícil, impossível para muitos, quanto mais disponibilizar uma quantia que verdadeiramente não é devida. Inviável para a grande maioria de cidadãos brasileiros. Como ficaria então o acesso ao Judiciário e o direito ao contraditório e à ampla defesa em tais situações? E, ainda que fosse factível fazer o depósito por ter o contribuinte recursos, seria correto forçá-lo a tanto? Seria justo exigir de uma pessoa que está recebendo uma cobrança indevida que deposite o valor para que só depois possa discutir, provocando a perda do uso do capital, a perda do giro, do poder de investimento etc.? Óbvio que não. O entendimento que nos parece correto é no sentido de que o ajuizamento e a admissibilidade da *ação anulatória* independem de disponibilização do montante objeto da cobrança impugnada por via de celebração de depósito.

A polêmica surgiu por conta do teor excessivamente abusivo do texto disposto no art. 38 da Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980), que condiciona o ajuizamento da *ação anulatória* ao depósito. Observe-se:

> ***Art. 38.*** *A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de Mandado de Segurança, ação de repetição do indébito* ***ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito****, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos* ***(grifo nosso)****.*
>
> ***Parágrafo único.*** *A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.*

A única interpretação adequada do citado dispositivo, de sorte a não se ter que entender pela sua não recepção pela Constituição de 1988, é a restritiva, no sentido de restringir seu teor, entendendo-se que a necessidade de depósito a que se refere o texto não é exatamente para que a ação seja admitida e para que a dívida possa ser discutida, mas sim para que se conquistem a ***suspensão da exigibilidade do crédito*** no curso do processo **e o consequente *impedimento ao ajuizamento de uma execução fiscal concorrente.***

E, mesmo nesses casos, importante consignar que, não obstante seja a *ação anulatória* ajuizada sem realização de depósito algum, ainda assim é possível conseguir a suspensão da exigibilidade do crédito e o impedimento do ajuizamento de uma ação de execução fiscal nos casos de ser conquistada uma *tutela antecipada*, requerida pelo autor e concedida em caráter de urgência pelo juiz. Caso seja dada a medida antecipatória, fica suspensa a exigibilidade do crédito, nos termos do art. 151, V, do CTN, e sequer se torna necessário o procedimento do depósito para evitar a execução, a qual fica obstada porquanto perdure a manutenção da tutela desconstitutiva dada precária e antecipadamente no bojo da ordinária ação anulatória.

5. CONSEQUÊNCIA DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO ANULATÓRIA SEM O DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL

A consequência de ajuizar uma *ação anulatória* e não se realizar o depósito do valor da cobrança é a de que não fica atacada a exigibilidade do crédito, restando não atingida a presunção de validade do lançamento, sendo sempre possível a execução concorrente.

A *ação anulatória* por simplesmente ajuizada não impedirá a eficácia do ato administrativo, não sendo capaz de impedir o ajuizamento de uma ação de execução fiscal em paralelo pelo fisco credor. E, se assim for, a *execução fiscal* ataca e atinge brutalmente a ação cognitiva do contribuinte, suspendendo seus efeitos, ocorrendo a conexão entre ambos os feitos e ficando a discussão condicionada ao ajuizamento dos embargos à execução fiscal, os quais, em matéria tributária, dependerão do oferecimento da garantia para terem admissibilidade, nos termos do art. 16 da LEF. Logo, de se perceber que, se o contribuinte optar por ajuizar a *ação anulatória* sem proceder ao depósito do montante integral, até que ele prove ao final do processo que está com a razão quanto ao mérito esposado, prevalecerá a presunção (relativa) de verdade do lançamento, procedimento administrativo vinculado e que tem fé pública, praticado por uma autoridade competente, e então ficará esse contribuinte litigante desprotegido quanto aos riscos da sempre possível execução. Em tais situações, ou ele consegue convencer o juiz a conceder a tutela pretendida de modo antecipado, ou não ficará suspensa a exigibilidade do crédito.

6. DA VANTAGEM DE SE PROCEDER AO DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL NO MOMENTO DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO ANULATÓRIA

A **primeira grande vantagem** de realizar o depósito do montante integral exigido é a de que imediatamente se suspende a exigibilidade do crédito e se impede o ajuizamento da ação executiva por parte da Fazenda credora. Afinal, se o valor integralmente cobrado está depositado, em dinheiro, não há mais qualquer risco de o fisco não receber o montante que ele entende lhe ser de direito, vide o lançamento feito. Por assim ser, esvazia-se qualquer possibilidade jurídica de se cogitar de uma execução, visto que faltaria ao fisco interesse de agir, uma vez que o objeto dessa eventual execução já está totalmente assegurado na ação anulatória em andamento, em face do depósito integral realizado pelo contribuinte autor da ordinária. Portanto, para contribuintes que não querem ser executados, seja lá qual for o motivo, realizando o depósito da maneira correta (integral e em dinheiro, vide Súmula 112 do STJ), fica assegurado em absoluto o impedimento de tal risco.

A **segunda vantagem** decorre exatamente da primeira. Suspensa a exigibilidade do crédito em razão do depósito do montante integral feito nos termos do art. 151, II, do CTN, assegura-se ao contribuinte o direito de, porquanto perdure o efeito suspensivo (até o final do processo), poder obter certidões positivas *com efeito de negativas*, ou seja, a certidão terá efeito de uma certidão negativa, ainda que haja dívida ativa inscrita. Logo, não pode sofrer o contribuinte qualquer restrição ou retaliação, dado que a certidão extraída produz efeitos iguais aos de uma certidão negativa. No direito tributário, em regra, ficando a exigibilidade do crédito atacada por uma medida suspensiva, como é o caso da realização de depósito de montante integral em dinheiro no bojo de ações anulatórias, o CTN garante, no seu art. 206, ao contribuinte o direito a extrair as citadas certidões.

A **terceira vantagem** de realizar o depósito do montante integral em dinheiro consiste no fato de que, disponibilizado judicialmente o montante exigido, cessa a fluência de multas, juros, correção e quaisquer consectários moratórios que poderiam correr em desfavor do contribuinte, a partir do momento em que a verba é entregue ao Estado juiz. Acautelada a pretensão da Fazenda lançadora, ré na *ação anulatória*, não há por que, a partir de tal instante, imputar qualquer cobrança em desfavor do autor do depósito. Essa vantagem, inclusive, se revela extremamente notável quando comparado o depósito do montante integral em dinheiro com a concessão de tutela antecipada, ambas medidas suspensivas da exigibilidade do crédito, possíveis de serem alcançadas no curso das ações anulatórias (CTN, art. 151, II e V, respectivamente). Concedida a tutela em caráter de urgência, ela suspende a exigibilidade do crédito, bloqueia os efeitos do lançamento e impede a execução fiscal porquanto perdure. Entretanto, caso ela não se confirme, caso seja revogada e o juiz, ao final, mude seu entendimento e julgue improcedente a ação quanto ao mérito, não acolhendo o pleito do contribuinte, a cobrança da dívida será feita com todos os consectários moratórios legalmente imputáveis em desfavor do administrado. E é correto que assim o seja, afinal, a tutela antecipada é concedida de forma precária, sempre passível de revogação, fato e efeitos previamente conhecidos pelo contribuinte. Por seu turno, se a suspensão do crédito tivesse decorrido de depósito, não haveria tal risco, pois, feito o mesmo, repita-se, nenhuma cobrança mais poderia ser feita ao administrado caso ele fosse derrotado no processo.

7. DAS DESVANTAGENS DE SE PROCEDER AO DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL NO MOMENTO DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO ANULATÓRIA

Como costumo afirmar a meus alunos na sala de aula, bem como muitas vezes aos clientes quando da militância na advocacia tributária, nem sempre a realização do depósito é vantajosa para o contribuinte, por mais que as vantagens supranarradas até seduzam o autor da *anulatória*. É necessário entender que nem sempre isso realmente é benéfico à parte. Especialmente quando se tem a boa razão na questão, que é o objeto da contenda. Vejamos.

Quando o contribuinte deposita o montante integral, ele sofre a perda de seu capital de giro, perde a possibilidade de utilizar o dinheiro, de se capitalizar, de investir, ou de, simplesmente, custear as despesas de seu dia a dia. Se ele realmente tem certeza de sua boa tese para lograr êxito ao final do processo obtendo decisão meritória favorável, não há por que proceder ao depósito, podendo o contribuinte aplicar e investir seu dinheiro, sem perder sua posse e gozo para o fisco que, após feito o depósito, passa a utilizar do capital, que é de imediato disposto em seu favor, nos termos da Lei 9.703/1998. O contribuinte, por sua vez, só recuperará esse dinheiro ao final do processo, sabe Deus quando, e ainda assim, desde que saia vencedor do mesmo. Quando deposita o montante, não é mais *dono* desse bem, que passa a ser *res in judicia*, objeto sob *custódia judicial*, garantia dada em favor de certa discussão com o escopo de acautelar o credor em favor de quem se presume a validade do crédito evitando-se uma execução judicial em paralelo. Logo, se faz o depósito, o contribuinte perde a titularidade do montante e só o recupera com uma decisão favorável, e somente ao final do processo. Ora, se existe a certeza inconteste da boa tese e do melhor direito, em muitos casos concretos será salutar "bancar o risco", especialmente quando se tratar de dívidas de elevada monta e de pessoas jurídicas que precisem de seu capital de giro e investimento. A consequência de tal "aposta" advocatícia é a de que poderá o contribuinte buscar a suspensão da exigibilidade do crédito pela via do requerimento da tutela antecipatória, e, caso não a consiga, havendo o ajuizamento de execução fiscal, poderá embargá-la, e, nesse momento, refletir se pretende ou não depositar e empatar seu capital de giro. Afinal, para se garantir a admissibilidade dos embargos, não necessariamente precisa ser pela via do depósito em dinheiro, podendo, ao contrário, ser apresentada a fiança bancária ou indicados bens a penhora, até mesmo de terceiros, desde que aceitos.

Ou seja, muitas vezes é extremamente vantajoso para o contribuinte que recebe uma cobrança indevida proteger o gozo/fruição de seu capital, e, em vez de disponibilizá-lo por via de depósito, empatando-o, optar por apenas ajuizar a *ação anulatória* e arriscar conseguir a tutela antecipada, deixando para garantir mais adiante, no caso da interposição dos embargos à eventual execução fiscal proposta.

8. DO DEPÓSITO E DA TUTELA ANTECIPADA

Na *ação anulatória*, deve o advogado, em regra, pedir ou a tutela antecipada ou a expedição de

guia para proceder ao depósito do montante integral em dinheiro. A finalidade de assegurar um dos dois resultados citados é garantir ao contribuinte a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, impedindo o ajuizamento da execução fiscal. Deve-se sempre ter em mente que a simples propositura d a *ação anulatória* não produz tais efeitos, dependendo o administrado de conquistar um dos remédios previstos no art. 151 do CTN para que isso ocorra.

Logo, vai aqui uma importante dica para os meus alunos, que fazem deste singelo manual uma fonte de leitura preparatória para as provas do Exame da OAB, na segunda etapa: sempre que a peça a ser elaborada for uma petição inicial em *Ação Anulatória de Lançamento Fiscal*, deve ser requerida a concessão da tutela antecipada ou o depósito do montante integral. Qualquer das duas vias com o mesmo foco: alcançar os já comentados efeitos favoráveis ao contribuinte. Deve o candidato ter extrema sensibilidade e atenção no quesito formulado pelo examinador, pois este pode induzir a resposta ao caminho de se ter que pedir a expedição de guia para depósito ou ao requerimento de tutela antecipada. Tudo dependerá de como a questão for construída e do que seja pedido pela Banca Examinadora na formulação do quesito. Exemplo: se o examinador cita que deve o advogado (você, o candidato!) ajuizar a ação de modo a ***garantir desde logo*** a suspensão da exigibilidade do crédito, está evidente que ele quer uma *ação anulatória* acompanhada de *depósito do montante integral* (afinal, a tutela antecipada não suspende desde o simples ajuizamento da ação, precisando ser requerida, e só será concedida se forem comprovados os requisitos de viabilidade de sua concessão); por outro lado, se o examinador cita que deve o advogado requerer a medida pretendida de forma antecipatória e em caráter de urgência, fica evidente que ele quer que o candidato faça uma *anulatória com pedido de tutela antecipada;* o mesmo se ele narra que "o contribuinte não dispõe de quaisquer recursos financeiros" (ora, não terá como depositar; resta pedir apenas a tutela antecipada para suspender a exigibilidade do crédito e impedir a execução) etc. Ou seja, deve o candidato sempre ler com atenção a estruturação da questão para saber se requererá antecipação de tutela ou expedição de guia para proceder ao depósito do montante integral.

9. DOS FUNDAMENTOS DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO ANULATÓRIA

A *ação anulatória* tem fundamentação legal no art. 38 da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal – LEF), decorrendo, *prima face*, do art. 5.º, XXXV, da CRFB/1988, que assegura o direito de postular no Judiciário sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a direito. Deve sempre ser citado na petição inicial, ainda, o art. 282 do CPC, que preza pelos requisitos elementares da peça inaugural.

Por todo o já aprendido acima, quando se ajuíza a *ação anulatória,* deve o advogado, no interesse do contribuinte, sempre postular, ora pela *tutela antecipada*, ora pela expedição de guia, para proceder ao *depósito do montante integral*. Na primeira hipótese, deve citar o art. 151, V, do CTN, que afirma que a concessão de tutela antecipada em ação ordinária suspende a exigibilidade do crédito; deve citar, ainda, os arts. 273 e 585, § 1.º, do CPC, que fundamentam o requerimento da antecipação da tutela (273), e esclarecem que, não sendo esta deferida, não fica impedida a execução

da dívida com base no título (art. 585, § 1.º). Entretanto, se estiver o advogado trafegando na hipótese de requerer expedição de guia para depósito, em vez de citar o art. 151, V, do CTN, mencionará o art. 151, II, do mesmo *Codex*, fazendo referência ao depósito como medida suspensiva da exigibilidade do crédito; por lógico que, em tais casos, não é necessário citar os arts. 273 e 585, § 1.º, do CPC, visto que não se tratará de pedido de concessão de tutela antecipada.

Ou seja, nos casos de *depósito do montante integral*, os dispositivos que devem ser citados fundamentando o ajuizamento da ação são o art. 38 da LEF, o art. 151, II, do CTN e o art. 282 do CPC. Se o advogado quiser, pode citar o art. 5.º, XXXV, da CRFB/88.

Nos casos de requerer concessão de tutela antecipada, deve citar o art. 38 da LEF, os arts. 273, 282 e 585, § 1.º, do CPC, e o art. 151, V, do CTN. Querendo, mesma observação quanto ao dispositivo constitucional.

Em qualquer dos casos, havendo necessidade de pleitear certidões positivas com efeito de negativas, deve-se citar também o art. 206 do CTN, o qual cuida da matéria.

Por fim, recomendo, nesse exato momento do estudo, fazer a leitura dos modelos de petição inicial fornecidos neste capítulo sobre *ação anulatória*, para visualização do que foi citado nessa passagem de nossa explicação.

10. DO PEDIDO

10.1. Pedidos específicos da ação anulatória

O *pedido* na *ação anulatória* se estrutura pela soma de algumas reivindicações. Dentre elas, podemos reconhecer ***dois pedidos específicos*** da *ação anulatória*, além de alguns pedidos genéricos que se fazem em quaisquer ações.

Entre os ***pedidos específicos***, o primordial deles, chamado *pedido principal*, é para que o juiz ***julgue procedente a ação, para fins de declarar a invalidade do lançamento, extinguindo o crédito tributário***. É o pedido que declara a verdadeira intenção do contribuinte, externando a carga principal da ação em tela.

O segundo pedido específico da *ação anulatória* está ligado à busca da suspensão da exigibilidade do crédito. A depender de ter sido ou não requerida a concessão de tutela antecipada ou expedição de guia para depósito, o pedido poderá variar. Logo, esse segundo pedido deve ser feito da seguinte maneira: a) nos casos de proceder o autor à realização do depósito do montante integral, deverá constar na petição inicial que ***"requer a expedição de guia para se proceder ao depósito do montante integral, para fins de suspender a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, II, do CTN, e ainda, obstando a execução fiscal";*** b) nos casos de se requerer a concessão de tutela antecipada, consignar na peça que ***"requer a concessão da tutela antecipada supranarrada, nos termos do art. 273 do CPC e da fundamentação exposta, para fins de suspender a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, V, do CTN, e, ainda,***

obstando a execução fiscal”.

10.2. *Pedidos genéricos* da ação anulatória

Além dos pedidos específicos, deve o autor da ação pedir:

a) *a citação do réu na pessoa de seu representante legal;* por via de tal pedido é que o juiz despachará ordenando a citação do réu, buscando-se trazê-lo ao processo formalizando sua natural estrutura triangular;

b) *a permissão para produção de todos os meios de prova admissíveis em direito,* para que no curso do processo possa, caso seja necessário, produzir provas que assegurem a veracidade das alegações feitas;

c) *a condenação do réu ao pagamento dos honorários advocatícios e das verbas sucumbenciais*, buscando-se assim a recuperação dos gastos suportados pelo contribuinte com o processo, bem como a remuneração dos honorários do advogado.

11. DA AÇÃO ANULATÓRIA E O PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

A via judicial de questionamento a respeito da validade do lançamento não conflita com a opção de questionar administrativamente o procedimento fiscal, enquanto tempestiva ainda reste a via extrajudicial de impugnação. Ou seja, as vias judicial e administrativa são alternativas, podendo o contribuinte escolher, ao crivo do seu livre arbítrio, se prefere questionar a validade do lançamento administrativamente pela simples interposição de recurso impugnativo ou se entende ser melhor opção ajuizar diretamente a ação ordinária anulatória.

Não obstante a evolução do processo civil constitucional marche no sentido da desjudicialização jurisdicional, valorando a busca de eficiência e qualidade nos processos administrativos, o que tem provocado inteligentes e nevrálgicas reflexões a respeito da relativização do acesso ao Judiciário, o sistema jurídico brasileiro ainda é edificado pelo manto da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário. Nesse modo de ainda se compreender a garantia constitucional do art. 5.º, XXXV, da Magna Carta, mesmo que seja cabível o uso de um recurso administrativo para atacar o ato da Administração, será viável optar pelo ajuizamento da *ação anulatória*. A conclusão a que quero conduzir meus alunos e leitores é a de que o fato de existir prazo disponível para o ainda tempestivo recurso administrativo impugnando o lançamento não impede o ajuizamento da ordinária, se essa for a intenção do contribuinte.

12. DA AÇÃO ANULATÓRIA E O *MANDADO DE SEGURANÇA REPRESSIVO*

Em muitos dos casos em que é cabível a *ação anulatória*, é também admissível o uso do *mandado de segurança repressivo*. As duas ferramentas buscam atacar o ato da Administração, suspendendo seus efeitos coatores, invalidando-o e assim livrando o contribuinte do dever de pagar a dívida equivocadamente exigida. A vantagem da via mandamental é inquestionável, e, desde que respeitados os pressupostos de admissibilidade do uso do remédio de segurança, deve ser ele a opção feita pelo contribuinte, é evidente. É mais célere, menos custoso, assegura a tutela jurisdicional pretendida com mais rapidez e não precisa de produção probatória ao longo do processo, visto que no mandado de segurança a prova vem pré-constituída na petição inicial. Havendo incontestável direito líquido e certo do contribuinte, atacado pelo lançamento, não se tendo vencido o prazo de 120 dias a que se refere o art. 23 da Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009), e sendo possível a pré-constituição da prova, possível o ataque ao lançamento pela via do remédio em comento, devendo a parte abdicar da *ação anulatória*.

Muitas vezes, em uma prova de segunda etapa do Exame da Ordem, o candidato fica na dúvida entre redigir uma petição inicial em mandado de segurança ou elaborar a inicial em uma ordinária ação anulatória. Costumo dizer aos meus alunos que eles devem ler com muita atenção e aguda sensibilidade o modo como o examinador elabora a questão, pois, muitas vezes, na própria explanação surgem dicas de que a peça cabível é a petição inicial no *mandado de segurança*. É o que ocorre, por exemplo, quando ele cita que deve o advogado do contribuinte (o candidato que está fazendo a prova) "***impetrar*** a medida judicial cabível", ou que deve ***"usar o remédio constitucional*** disponível no caso concreto", ou cita que ***"há prova documental que assegura a liquidez e certeza do direito atacado"***, ou ainda quando narra na questão em destaque que, ***"com menos de 120 dias a contar do lançamento***, você está sendo contratado para ajuizar ***medida de urgência em favor do contribuinte"***. Enfim, deve ficar atento o candidato, pois normalmente, quando a comissão examinadora quer que se use o mandado de segurança em vez da *ação anulatória*, ela deixa isso claro e transparecido notoriamente na elaboração da questão.

Ainda assim, em última hipótese, o ajuizamento de uma *ação anulatória* não seria errado, pois também se revela via idônea e adequada para efetivar a proteção aos interesses do contribuinte, por mais que não seja o mais favorável dos caminhos viáveis.

13. DA *CONVERSÃO DE UMA AÇÃO* ORIGINARIAMENTE DECLARATÓRIA EM AÇÃO ANULATÓRIA POR ADEQUAÇÃO

Quando se ajuíza uma *ação declaratória preventiva* e no curso dela o lançamento é feito, a ação declaratória termina se convertendo em *ação anulatória*, visto que a finalidade passa a se fundir, e a natureza e rito das duas são equânimes.

Ao ajuizar a *declaratória,* antes do lançamento, o contribuinte/autor busca um provimento meramente *afirmativo*, meramente *declaratório*, sem qualquer carga desconstitutiva ou condenatória, daí o porquê de se chamar realmente de *AÇÃO DECLARATÓRIA*. É muito comum que, sem que

qualquer lançamento ou cobrança tenham sido feitos, o contribuinte busque um provimento judicial afirmativo de inexistência de uma relação tributária. Nos casos em que tal ação é utilizada, não ocorre qualquer lançamento de dívida em face do contribuinte, e não há qualquer ato administrativo a ser *anulado*, atacado ou questionado. Isso é comum em casos nos quais se busca o reconhecimento do direito a uma isenção ou imunidade tributária, o direito à compensação ou parcelamento diante de uma situação potencial e próxima, enfim, em qualquer caso em que o contribuinte queira o reconhecimento de uma verdade judicialmente consagrada.

Ocorre que o simples fato de ajuizar uma preventiva ação declaratória ***não impede a realização do lançamento***, o qual, inclusive, ***deve ser feito***, nas hipóteses em que a Fazenda entenda que existe a dívida que o contribuinte pretende ver declarada como não devida. E, caso seja feito o lançamento (e tem que ser feito, no mínimo para afastar o risco da *decadência*), a ação declaratória em andamento não poderá ser considerada como restrita apenas ao objetivo de se ver declarada a inexistência da dívida. Agora, com o lançamento já feito, essa sentença de procedência quanto ao mérito, almejada ao final pelo contribuinte, deve ter ***também*** uma inegável ***carga desconstitutiva***, podendo ter oponibilidade ao lançamento e declarando-o invalidado. Daí que, feito o lançamento, a ação preventiva deve ser convertida em ação repressiva, lembrando-se sempre que ambas são ações de conhecimento, ordinárias, trafegáveis em rito comum.

14. AÇÃO ANULATÓRIA COM EXECUÇÃO FISCAL JÁ AJUIZADA

14.1. Noções iniciais e discussão sobre o cabimento. As duas teses. Fisco x advocacia

Tema que fomenta acalorados debates é o que envolve a discussão a respeito do cabimento (ou não!) do ajuizamento de ação anulatória quando já existe execução fiscal ajuizada em face do contribuinte.

Prevalecendo no campo da execução fiscal a regra da necessidade do oferecimento de garantia para se poder embargar a execução (art. 16, § 1.º, da LEF), a possibilidade de utilizar uma ação anulatória revela-se altamente atraente para os contribuintes, dado que nesta o depósito é uma opção, e não uma condição de admissibilidade da ação, conforme já exposto linhas acima. E, especialmente, o cabimento da anulatória, havendo execução já ajuizada, mostra-se útil por ser viável a conquista de concessão de tutela antecipada, o que, por certo, suspenderia a exigibilidade do crédito e afetaria a execução ajuizada, que seria irrefutavelmente atingida pelo deferimento da tutela jurisdicional anulatória concedida no bojo da ação ordinária ajuizada pelo contribuinte.

Nesse viés, poderia um contribuinte réu executado “embargar” a execução (por meio do ajuizamento da anulatória autônoma) sem precisar oferecer garantia, não sofrendo oneração nem constrição em seu patrimônio, sem precisar de uma fiança bancária e sem ter que se descapitalizar depositando o valor objeto da execução. Seria possível, portanto, atacar a execução, defendendo-se dela, por via de uma ação tão cognitiva como a de *embargos*, em que se pode alegar toda matéria de

fato e de direito, como também seria nos embargos, e com a substancial diferença de que, em vez de ter na *garantia* uma obrigação (como seria nos embargos), o contribuinte réu executado pode conseguir suspender a exigibilidade do crédito mediante deferimento de pedido de concessão de tutela antecipada na anulatória, não sofrendo assim qualquer oneração e bloqueando o prosseguimento da execução.

Alguns argumentos merecedores de reflexão se erguem no propósito de vedar o cabimento de ajuizamento de ação anulatória quando já existe execução em andamento. O mais coerente deles se propaga no sentido de ilustrar que, admitido o ajuizamento da anulatória, se banalizaria a previsão dos arts. 8.º, 9.º e 16 da LEF, que exigem garantia do crédito executado em favor do fisco para que se possa então discutir a legitimidade do título executivo e, por fim, a dívida exequenda. Ao ser admitido o ajuizamento da anulatória, esvaziada restaria a garantia dada pela LEF ao Estado, visto que seria possível afetar a execução e enfrentar seu objeto sem oferecer a exigida proteção em favor do credor. Ajuizar-se-ia a anulatória, desprezando-se tanto o respeito ao *prazo* para embargar quanto a *necessidade de garantia* para se poder atacar a presunção de validade que a Certidão de Dívida Ativa goza. Daí se concluir no sentido de que seria incabível o ajuizamento da ação anulatória após já ajuizada a execução. Ainda nessa linha de pensar e caminhando para a conclusão dessa tese, só caberia o uso da ação anulatória antes do início da execução fiscal. Ajuizada esta, não mais seria cabível aquela, respeitando-se a estrutura normativa especial que a Lei 6.830/1980 promoveu para contemplar a execução, protegendo o credor exequente.

Em reforço a esse argumento, a interpretação restritiva que a Fazenda faz na leitura do art. 38 da LEF, o qual cita que a discussão judicial da dívida ativa, só é possível nos próprios termos previstos na LEF (logo, por embargos), salvo o ajuizamento (anterior ao ajuizamento da execução) de algumas ações, por exemplo, a anulatória. Interpretando o art. 38 nesse sentido, a autorização que ele dá para questionar judicialmente a dívida ativa regularmente inscrita se restringiria até o momento em que ainda não restasse ajuizada a execução fiscal, pois, após esse feito, a discussão judicial só caberia por meio dos embargos devidamente ajuizados. Analisemos a leitura do art. 38, *caput*, da Lei 6.830/1980:

> ***Art. 38.*** *A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.*

Apesar de serem merecedores de reflexão, tais argumentos negadores do cabimento do ajuizamento da ação anulatória são enfrentados por tese também muito bem feita no sentido de assegurar como cabível o manuseio da ação ordinária em evidência. E isso interessa muito ao contribuinte, em face das vantagens já narradas linhas atrás. Vejamos.

O direito de ação é um direito público subjetivo, inviolável, garantia fundamental emanada da cláusula constitucional maior da *inafastabilidade do Poder Judiciário*, assegurada no art. 5.º, XXXV, da Carta Mãe. Nesse propósito, não se poderia obstar o exercício do direito pelo administrado, o qual, em manuseio da ação anulatória, conseguiria exercer seu direito de defesa,

valendo-se do contraditório dentro de um devido processo legal. Percebam, portanto, que, sendo o acesso ao Judiciário uma garantia inabalável, não se poderia dar pela inadmissibilidade da ação anulatória, mesmo já tendo execução fiscal em andamento. Reforçando tal tese, a leitura do mesmo art. 38 acima transcrito, só que, agora, com lentes compreensivas muito mais favoráveis ao contribuinte. Nesse sentido, extrair-se-ia de tal dispositivo a verdade normativa de que cabe a discussão judicial da dívida ativa "nos termos da LEF" ou "por ação anulatória", independentemente do momento do ajuizamento da anulatória, mesmo depois de já ter ocorrido deflagração do executivo, pois a LEF não fez essa distinção. A única observação que o art. 38 da LEF fez foi no sentido de exigir o depósito do montante integral como condição para se ajuizar a ação anulatória, matéria que os tribunais já afastaram por entenderem inconstitucional, conforme comentários que já transcrevemos em tópicos anteriores. Logo, a lei não deixou claro que só caberia anulatória *se ainda não tivesse sido ajuizada execução*. Simplesmente escreveu que cabe a defesa por via da ação anulatória. Portanto, concluindo esse pensamento, o qual, repito, é totalmente favorável à advocacia, seria sempre cabível o ajuizamento da ação anulatória quando já houvesse execução em andamento.

Importante passo é o de se perceber quais são as consequências de se aceitar essa tese dos advogados no linear de cabimento da anulatória. Façamos isso então.

14.2. Efeitos da admissão da ação

Analisemos com cautela três aspectos sobre as consequências da admissão da ação anulatória após já ajuizada a execução fiscal.

14.2.1. Do prazo dos embargos. Anulatória dentro e fora do prazo

A tese mais ampla no sentido de aceitar o cabimento da anulatória vem no sentido de que ela é cabível tanto dentro do prazo para embargar como mesmo nas hipóteses em que esse prazo esteja vencido. Ou seja, nessa mais larga forma de compreensão, se, por exemplo, um contribuinte procura um advogado, narrando-lhe já ter sido citado na execução há quase dois meses, querendo se defender, mas já estando vencido o prazo para garantir e embargar, seria cabível o ajuizamento da anulatória. Por esse caminho de refletir a matéria, haveria um melhor compromisso do hermeneuta com o fim maior que motiva essa discussão, qual seja, o de fomentar uma via para propiciar o exercício do contraditório. Por esse campo de interpretação, sempre caberia o ajuizamento da anulatória, dentro ou fora do prazo para embargar, assegurando-se ao administrado a chance de atacar a execução e a CDA por via de ação própria, autônoma, cognitiva, em que poderá alegar toda matéria de fato e de direito. E o especial é que, como veremos a seguir, poderá fazê-lo sem precisar sofrer oneração em seu patrimônio, especialmente se conseguir que o juiz defira a tutela em caráter antecipatório, alvejando de imediato a execução e promovendo-lhe efeito suspensivo.

Por outro ângulo de compreensão, mais restritivo quanto ao prazo para cabimento da anulatória após a execução já ajuizada, aquela só seria viável se ajuizada dentro do prazo para embargar. Nesse sentido, a vantagem para o contribuinte seria conseguir se defender sem precisar oferecer a garantia, o que seria necessário no ajuizamento de embargos do executado. Mas seria imprescindível que o

ajuizamento da anulatória ocorresse dentro do prazo para embargar. Do contrário, exaurido tal lapso temporal, intempestiva restaria a propositura da anulatória. O fundamento de tal tese é o de que, não houvesse essa restrição, inútil seria a previsão da LEF de que haja um prazo para o executado oferecer a garantia e embargar. Ou seja, se couber anulatória a qualquer tempo, qual é a necessidade de oferecer embargos em um curto intervalo de tempo? Basta ajuizar a anulatória quando se achar conveniente, e, caso seja deferida a tutela antecipada em seu curso, afetar-se-á a execução.

Tal entendimento diminuidor do campo de atuação dos advogados no uso da anulatória nos parece altamente razoável, mais harmônico com o sistema e melhor comprometido com a segurança jurídica, bem como com o dever de diligência e respeito aos prazos legais que as pessoas têm que ter. Aceitar a anulatória com execução já ajuizada seria um avanço; aceitá-la a qualquer tempo seria um abuso. Via oblíqua, equivaleria a reconhecer embargos intempestivos e sem garantia.

Apesar de assim pensarmos, rendemo-nos ao intento que nos motivou a escrever esta obra, orientando a advocacia tributária dos administrados, e assim curvo-me ao entendimento que mais favorável se revela ao contribuinte. Por assim ser, consigno aqui a verdade de que deve ser aceita a anulatória mesmo fora do prazo para embargar, sustentando essa argumentação sob o crivo da certeza de que o direito de ação é absoluto e inviolável, não podendo ser o acesso ao Judiciário obstado, merecendo assim a anulatória ajuizada antes de haver coisa julgada na execução fiscal ser admitida, e toda matéria que nela vier a ser alegada deve ser apreciada. Conforme veremos adiante, sustentamos ainda que deve haver conexão imediata entre as duas ações, apesar de todos os óbices processuais ao implemento de tal medida.

14.2.2. Da tutela antecipada. Da vantagem para o contribuinte executado. Dos riscos

Como já delineado anteriormente, o principal efeito de ser aceita a ação anulatória com execução já em curso é o de que, quando um contribuinte estiver sendo executado, não necessariamente precisará disponibilizar garantia para conseguir se defender e suspender a execução. Observe-se que, para se defender pela via dos embargos, haveria apenas três opções a serem manuseadas como garantia oferecida (depósito, penhora ou fiança bancária), porquanto pela via da anulatória surge a alternativa de conseguir atacar a execução suspendendo-a por meio da concessão da tutela antecipada. É evidente que, nesses casos, conseguindo-se a tutela, impera-se sempre o risco de, julgada improcedente a anulatória e assim procedente a execução, o valor da dívida ficar bem mais alto ao final, visto que a tutela antecipada deferida não impede a fluência dos juros e consectários de mora. Logo, é o risco que corre a parte. Entretanto, se estiver realmente no bom direito e se o advogado confiar na tese, conseguindo ao final do processo obter êxito quanto ao mérito, provando não existir a dívida e conseguindo anular o lançamento e a CDA, a medida terá se revelado extremamente feliz, pois terá liberado o contribuinte de ter sofrido uma oneração em seus bens (penhora), uma perda temporária de seu fluxo de caixa/poder aquisitivo/capital de giro (depósito) ou de ter que se desdobrar para conseguir uma carta de fiança bancária (o que, inclusive, frise-se, exige remuneração ao banco), logrando êxito em seu intento de paralisar a execução e provar que não é devedor sem sofrer ônus financeiro.

14.3. Da conexão entre as ações. Da tutela antecipada. Do sobrestamento da execução

Ponto importante a ser destacado é o que diz respeito ao modo como resta atingida a execução fiscal iniciada após ajuizamento da anulatória, com e sem deferimento de tutela antecipada.

Ajuizada a ação anulatória, há de reconhecer de imediato o fenômeno da conexão entre ambas as ações, por mais que sejam conhecidas as implicâncias processuais ao feito, especialmente em razão da competência para se processar e julgar a execução fiscal. Não obstante conhecidas tais prejudicialidades, a única solução razoável e abraçada aos primados da segurança jurídica é a que se apresenta aqui, sob pena de termos processos idênticos, com as mesmas partes e mesmo núcleo de objeto, sendo julgadas em varas e por juízes diferentes. Ocorrendo a conexão, passa-se a ter uma única autoridade julgadora e fulminar-se-ia a possibilidade de decisões conflitantes. Esse é um dos ônus a serem suportados para que se possa defender o cabimento da anulatória com execução fiscal já ajuizada.

Não basta, entretanto, o simples ajuizamento da ação anulatória para se suspender a execução fiscal. Nela, ou o contribuinte faz o depósito ou tem que conseguir o deferimento da tutela antecipada. Somente assim atingir-se-á a execução obstando-se seu prosseguimento, ferindo-a com a suspensão. Do contrário, não poderia a ação ordinária buscar constituir prova contra a presunção de verdade da CDA, por si só, afetar o ímpeto executivo do credor exequente, lastreado no título que se presume idôneo até prova em contrário. Portanto, reitero, é fundamental para suspender a execução que na anulatória se consiga a tutela antecipada ou então que se faça o depósito. Do contrário, ambas as ações seguem seus ritos e etapas normalmente, sendo plenamente cabível a penhora na execução, o avanço para avaliação do bem, marcação da praça etc. A execução não fica prejudicada nem deve ser sobrestada pelo simples fato de a anulatória ter sido admitida. Destaco, ainda, que a tutela antecipada se revela o natural caminho a ser buscado. O depósito, *a priori*, não faria sentido (já que, se o contribuinte quer depositar, bastava embargar), salvo para as situações em que se perdeu o prazo para embargar; aí, sim, restaria útil o depósito para cortar os consectários moratórios e suspender a execução.

Por fim, somos de sustentar que, se na execução fiscal o credor conseguir a penhora de bens do réu, no momento em que for se realizar a praça/leilão, caso a anulatória (sem garantia) não seja julgada procedente quanto ao mérito, restará prejudicada, pois a execução caminhará para o seu final, baseada desde o início em título executivo que não se provou ser viciado, o que, por logo, força reconhecer legitimidade para a execução.

14.4. O STJ e sua recente manifestação

Em julgamento de recurso especial relatado pelo Min. Luiz Fux, no dia 03.12.2009, o STJ apresentou o entendimento no sentido de que é cabível o ajuizamento da ação anulatória quando já há execução fiscal em curso, mesmo tendo exaurido o prazo para o oferecimento dos embargos. A matéria foi debatida no julgamento do **REsp 1.136.282-SP**. Nesse sentido, fica o precedente revelador de uma posição na qual a jurisprudência se inclina em firmar, acolhendo a tese da

advocacia privada.

14.5. A questão na prova da OAB. Agindo como advogado. A petição inicial

Nas provas da OAB, o examinador pode elaborar uma questão envolvendo uma execução fiscal já ajuizada e querendo como resposta o ajuizamento da anulatória, exatamente como no caso aqui enfrentado. Para tanto, deverá dar algumas pistas. A primeira delas consiste em colocar a informação de que o prazo para embargar já está vencido. Se assim o fizesse, realmente a anulatória se mostraria a peça favorável para ser executada, pois já não caberiam mais os embargos. Especialmente se a questão envolver necessidade de dilação probatória, o que eliminaria, em qualquer hipótese, o uso da exceção de pré-executividade. Outra boa pista a ser dada pelo examinador caso queira que a peça seja a anulatória, mesmo com a execução fiscal já ajuizada, é a de dizer que o contribuinte não tem como dar garantia. Nessa hipótese, o candidato na prova ficaria entre duas opções: ajuizamento da anulatória ou adução de exceção de pré-executividade. Se, entretanto, o examinador falar em ajuizamento de *ação*, é porque ele estará querendo a anulatória como peça resposta (afinal, a EPE não é uma *ação*), assim como, da mesma forma, se a matéria necessitar de dilação probatória em razão de sua dificuldade, também fica eliminada a via da EPE, e só caberia a anulatória.

Portanto, quero frisar a todos que é possível que tenhamos como resposta na questão da peça profissional, em uma prova da OAB, a ação anulatória. Esclareço, por fim, que, ajuizada a ação, sempre caberá o uso dos embargos, se dentro do prazo previsto na LEF e desde que respeitadas as exigências legais, especialmente no que diz respeito à garantia. Sendo a matéria de ordem pública e podendo a prova do alegado em defesa ser feita de forma pré-constituída, sem necessidade de dilação probatória, cabe também a EPE. E, por fim, acolhendo-se a tese aqui discutida, também caberia sempre a ação anulatória, normalmente com pedido de tutela antecipada, para assim suspender a execução obstando sua continuidade.

14.6. Críticas, para reflexão, sobre o cabimento da anulatória com execução fiscal já ajuizada

Aceitando-se a anulatória, conforme todo o discurso aqui apresentado, e, em especial, com base na recente manifestação do STJ no mês de dezembro do ano de 2009 acolhendo tal direito, a grande crítica que se ergue é no sentido de que tal tese advocatícia consubstancia a legitimidade em favor de um executado para ajuizar embargos intempestivos e sem garantia. Falo em “embargos”, pois a ação anulatória equivale, quase que integralmente, à ação de embargos, conforme atestarei palavras a seguir. E, por assim ser, tornar-se-ia desnecessário a um executado ficar se preocupando em embargar, e, mais ainda, seria irrelevante ter que dar a garantia, afinal, caberia uma autônoma ação anulatória e seria viável atacar a legitimidade da execução sem oferecer ao credor a proteção (garantia) que a Lei de Execução Fiscal idealizou, resguardando o interesse público e protegendo o crédito tributário. Consagra-se, repito, um modelo de defesa do executado que nada mais seria do que o uso de *embargos a qualquer tempo e sem garantia*, promovendo-se uma derrogação oblíqua dos dispositivos da LEF, que exigem prazo e garantia para um executado se defender por via ação

autônoma, na qual possa fazer dilação probatória e alegar toda a matéria de seu interesse.

Como dito, ambas as ações (embargos e anulatória) são muito parecidas, pois são autônomas, cognitivas e permitem alegação de toda matéria de fato e de direito, produção probatória etc. Em ambas, a vontade do contribuinte é idêntica, qual seja, a de atacar uma cobrança feita pela administração julgada indevida. A diferença central reside em que na anulatória o ataque é apenas contra o *lançamento* porquanto nos embargos do executado a defesa é oponível à CDA, título executivo que confirmou a veracidade do lançamento e atestou a mora. Mas, no que tange ao cerne, as duas ações são idênticas. Não fosse a questão aqui em evidência, poder-se-ia erguer como critério distintivo entre ambas *o momento de cabimento*, alegando-se que a via para se defender *antes da execução* é pelo manuseio da ação anulatória, porquanto *após a execução ajuizada* seria por via de embargos. A depender da situação fática, caso a caso, em algumas hipóteses, antes da execução, seria ainda cabível abrir mão da anulatória e optar pelo mandado de segurança, porquanto após a execução, em situações idênticas, trocar-se-ia a ação de embargos pela defesa especial propiciada mediante a adução de exceção de pré-executividade. Até nisso a anulatória e os embargos se equivalem. Por fim, a grande diferença é que para ajuizar os embargos a garantia é obrigatória, e existe um prazo extremamente curto, conforme arts. 8.º, 9.º e 16 da LEF, ao passo que, para ajuizar a anulatória, a garantia é uma opção, e não uma obrigação, ainda que, na anulatória, para se suspender a exigibilidade do crédito e evitar a execução, seja necessário um *plus*. E aí, nesse exato aspecto, se constata uma nodal diferença entre a anulatória e os embargos, pois, para serem admitidos os embargos e suspensa a execução, é preciso que se dê garantia por um de três meios fornecidos pela LEF (depósito, penhora ou fiança bancária), ao passo que na anulatória o impedimento à execução pode ser conseguido pela tutela antecipada, sem que o contribuinte sofra um ônus em seu patrimônio.

Parece-nos claro que a sistemática do ordenamento jurídico quanto às execuções de dívidas pela Fazenda Pública foi projetada para fazer dos embargos a via adequada de defesa quando já exista execução em curso. A única relativização a esse entendimento seria para admitir a exceção de pré-executividade, nos casos de matéria de ordem pública e que dispensem dilação probatória, por razões lógicas que não comentaremos aqui nesse ponto para não dilatarmos demais o foco em evidência. Por mais que tenhamos o compromisso de conduzir nossa escrita no espectro de propiciar a melhor proteção aos interesses dos advogados, por mais que seja notória e recente a acolhida da tese em sede de jurisprudência no STJ, cremos, em nosso foro íntimo, que não deveria ser admitida a ação anulatória no curso da execução, em face das críticas já apresentadas. Consideramos mais adequado que se tente defender a aplicação da nova sistemática trazida pela recente reforma que o CPC sofreu no que tange à execução de dívidas fundadas em título executivo extrajudicial (como é o caso da execução fiscal), advinda da Lei 11.382/2006, pela qual os embargos não precisariam de garantia, do que aceitar o cabimento da anulatória com execução fiscal em andamento. Ficamos vencidos, curvando-nos à jurisprudência recém-apresentada, mas nem por isso deixamos de ter nossas convicções.

14.7. Uma outra alternativa para a matéria. A Lei 11.382/2006. A reforma no CPC e uma recompreensão para os embargos. Aplicação na execução fiscal?

Como exposto acima, recentemente o sistema de execuções fundadas em títulos executivos extrajudiciais foi alterado no Brasil. A Lei 11.382/2006 reformou o CPC e passou a admitir o uso de embargos sem que se dê garantia, vedando, entretanto, em tais casos, o reconhecimento do efeito suspensivo na execução, o qual só seria alcançado se fosse dada a garantia (que passou a ser opção e não mais condição de admissibilidade dos embargos) e, além disso, se o embargante provasse a certeza de seu bom direito e o risco de um dano insuportável em razão do prosseguimento da execução (arts. 736 e 739-A, § 1.º, do CPC). Ou seja, hoje, nas execuções fundadas em título extrajudicial não é mais obrigatória a garantia. Agora, caso o embargante queira, além de se defender, suspender a execução fiscal, precisará cumprir algumas exigências cumulativas impostas no art. 739-A, § 1.º, do CPC, quais sejam, *garantir* (mediante depósito, penhora ou caução) e provar que tem bom direito e ainda que corre risco de um dano irreversível caso a execução prossiga. Ou seja, hoje, para suspender a execução, é preciso, além de garantir, conseguir uma "tutela antecipada", provando bom direito e perigo na mora.

A conclusão evidente é a de que hoje é plenamente possível um executado embargar sem garantir, mas a execução não fica suspensa. Intensa é a discussão a respeito da aplicação dessa sistemática nas execuções fiscais, visto que a LEF é lei especial, expressamente exige a garantia para embargar (art. 16, § 1.º) e, assim, não teria sido atingida pela reforma promovida pela Lei 11.382/2006, a qual não se referiu expressamente à lei de execuções fiscais.

A advocacia tributária dos contribuintes vem se erguendo no sentido de conseguir fazer valer a tese de que a reforma alcança a execução, para que os embargos possam ser admitidos sem a garantia. Observe-se, e esse é o ponto central do comentário que aqui queremos consignar. Caso seja admitida a tese de que a nova sistemática de defesa do executado apresentada pela Lei 11.382 alcance a execução fiscal, qual seria a relação entre a discussão que está sendo traçada neste tópico e essa nova possibilidade de embargar sem garantia? Em outras palavras: cabendo embargos à execução sem oferecimento de garantia, seria necessário ainda discutir o cabimento da ação anulatória, uma vez que a anulatória e os embargos têm natureza semelhante?

Em uma primeira leitura, suscitar-se-ia que restaria esvaziada a discussão sobre o cabimento da anulatória com execução já ajuizada. Afinal, se couberem embargos sem garantia em razão da aplicação do disposto no art. 739-A, § 1.º, do CPC, a defesa já estaria propiciada e a anulatória se revelaria desnecessária. Não é adequada essa conclusão. Observemos as diferenças entre o cabimento da anulatória com execução já ajuizada e o uso de embargos sem garantia mediante aplicação do CPC com sua recente redação.

Caso o contribuinte opte pelos embargos, de plano fica sujeito ao prazo estritamente estreito, o que, na tese acolhida no STJ, é irrelevante para a anulatória. Portanto, mesmo cabendo embargos sem garantia, a opção da anulatória é ainda mais vantajosa. Afinal, não se limita ao requisito de tempestividade para uso da via de embargos.

No entanto, o grande ponto especial diferenciador das duas vias é o de que, para se conseguir suspender a execução fiscal, o caminho fica mais simples na anulatória do que nos embargos. Afinal, na anulatória, tanto o depósito como a tutela antecipada promovem a suspensão da exigibilidade do

crédito, nos termos do CTN, art. 151, II e V. Ou seja, ajuizada a anulatória, não é preciso depositar para suspender a execução, caso se consiga o deferimento de antecipação de tutela. Já nos embargos, dentro da nova sistemática trazida pela Lei 11.382/2006, para se atribuir efeito suspensivo na execução é necessária a garantia. Se for dada pelo depósito, suspende de imediato a execução, em face do previsto no art. 151, II, do CTN. Mas, se a garantia dada nos embargos for por outra via, será necessário que, além da garantia, se provem o *fumus boni iuris* e o *perigo da mora*, conforme exige o art. 739-A, § 1.º, do CPC. Portanto, em síntese, a conquista do efeito suspensivo da execução pela via da anulatória é mais simples, não exigindo garantia; nos embargos, sempre será necessária a garantia, e, se ela for dada sem ser pela via do depósito, será imprescindível ainda o cumprimento dos demais requisitos suprarrevelados.

CAPÍTULO II
MODELOS DE PETIÇÕES INICIAIS

AÇÃO ANULATÓRIA COM PEDIDO DO DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL EM DINHEIRO

Excelentíssimo Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... (Fazenda Pública/Civil/Única/Especializada) da Comarca do Município de ... Estado ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF e Identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo, com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante Vossa Excelência, nos termos do art. 282 do CPC e do art. 38, parágrafo único, da Lei 6.830/1980, bem como do art. 151, II, do CTN, combinada com a Súmula 112 do STJ, e, ainda, art. 156, X, do CTN, ajuizar a presente

AÇÃO ANULATÓRIA
COM DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL

em face do Município x, pessoa jurídica de direito público interno, endereço e sua respectiva Fazenda Pública Municipal, diante dos fatos e fundamentos a seguir narrados:

I – DOS FATOS

II – DO DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL EM DINHEIRO

O Autor da presente vem pedir autorização a Vossa Excelência para proceder ao depósito do montante integral em dinheiro em valor de *x* relativo a uma cobrança que corresponde a uma suposta dívida de IPTU conforme alega o município de Cuiabá, ora Réu na presente ação, a qual o Autor entende não existir.

A finalidade de depósito ora pretendido é gerar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, II, do CTN e da Súmula 112 do STJ, para que se materializem os efeitos benéficos que interessam ao autor, quais sejam, o impedimento de ajuizamento da execução fiscal, a interrupção da fluência dos consectários da mora e, ainda, o acesso a certidões de efeito negativo, caso seja necessário.

III – DO DIREITO

IV – DOS PEDIDOS

a) requer a citação do Réu, na pessoa de seu representante legal, para que possa ingressar no feito e, querendo, se manifeste;

b) pede permissão para a produção de todas as provas permitidas em direito;

c) requer a condenação do Réu ao pagamento das verbas sucumbenciais devidas destacando as custas judiciais e os honorários advocatícios;

d) RJP – requer julgue procedente a ação para declarar a inexistência da dívida, extinguir o crédito tributário nos termos do art. 156, X, do CTN e anular o lançamento;

e) reafirma pedido de efeito suspensivo, nos termos do art. 151, II, do CTN combinado com a Súmula 112 do STJ;

f) reafirma pedido para autorização para proceder ao depósito do montante integral em dinheiro;

g) requer que possa levantar a garantia ao final, na forma da Lei.

Dá-se à causa o valor de R$ ... (consoante arts. 258 a 261 do CPC; valor da cobrança formalizada no lançamento)

Termos em que,

Pede Deferimento

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

AÇÃO ANULATÓRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

(Endereçamento Justiça Estadual)

Excelentíssimo Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... (Fazenda Pública/Civil/Única/Especializada) da Comarca do Município de ... Estado ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF e Identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo, com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante Vossa Excelência, nos termos dos arts. 273 e 282 do CPC, do art. 38, parágrafo único, da Lei 6.830/1980, bem como do art. 151, V, do CTN e, ainda, do art. 156, X, do CTN, ajuizar a presente

AÇÃO ANULATÓRIA
COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

em face do Município x, pessoa jurídica de direito público interno, endereço e sua respectiva Fazenda Pública Municipal, diante dos fatos e fundamentos a seguir narrados:

I – DOS FATOS

II – DA TUTELA ANTECIPADA

O autor da presente pede possa Vossa Excelência deferir a tutela jurisdicional pretendida de modo antecipado, já que todos os requisitos necessários para tal provimento restam presentes, conforme exige o art. 273 do CPC.

No que tange à fumaça do bom direito, a mesma se revela presente de modo inequívoco, de sorte que é verossímil o que alega o autor, existe o juízo de probabilidade do deferimento definitivo da tutela ao final, o *fumus boni iuris* está presente, vide fundamentação anteriormente exposta.

No que tange ao *periculum in mora*, também se revela presente de forma transparente, existe risco de ocorrência de dano de difícil e incerta reparação contra o autor da presente, caso a tutela jurisdicional não seja antecipada como se pleiteia, e somente seja concedida ao final, o *periculum in mora* é flagrante.

No que tange ao dano ora comentado, o mesmo é grave, conforme se explica, detalhadamente, no DOC. ... em anexo.

Sugere o autor reflexão, no sentido que parece crível aceitar que o deferimento da tutela, no caso presente, não afetaria os interesses da Fazenda Pública.

Finaliza esclarecendo que a finalidade da tutela antecipada ora pretendida é propiciar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, V, do CTN, para fins de evitar ajuizamento de execução fiscal e para assegurar o acesso a certidões com efeito de negativa, se necessário for.

III – DO DIREITO

IV – DOS PEDIDOS

a) requer a citação do Réu, na pessoa de seu representante legal, para que possa ingressar no feito e, querendo, se manifeste;

b) pede permissão para a produção de todas as provas permitidas em direito;

c) requer a condenação do Réu ao pagamento das verbas sucumbenciais devidas destacando as custas judiciais e os honorários advocatícios;

d) RJP – requer julgue procedente a ação para declarar a inexistência da dívida, extinguir o crédito tributário nos termos do art. 156, X, do CTN e anular o lançamento;

e) reafirma pedido de efeito suspensivo, nos termos do art. 151, V, do CTN;

f) reafirma pedido de deferimento da tutela antecipada.

Dá-se à causa o valor de R$ ... (consoante arts. 258 a 261 do CPC; valor da cobrança formalizada no lançamento)

Termos em que,

Pede Deferimento

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

AÇÃO ANULATÓRIA "HÍBRIDA" COM PEDIDO DE DEPÓSITO INSUFICIENTE E CUMULADO COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

(Endereçamento Justiça Estadual)

Excelentíssimo Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... (Fazenda Pública/Civil/Única/Especializada) da Comarca do Município de ... Estado ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF e Identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo, com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante Vossa Excelência, nos termos dos arts. 273 e 282 do CPC, do art. 38, parágrafo único, da Lei 6.830/1980, bem como do art. 151, II e V, do CTN, combinados com a Súmula 112 do STJ, e, ainda, do art. 156, X, do CTN, ajuizar a presente

AÇÃO ANULATÓRIA CUMULADA
COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA
E CUMULADA COM DEPÓSITO

em face do Município x, pessoa jurídica de direito público interno, endereço e sua respectiva Fazenda Pública Municipal, diante dos fatos e fundamentos a seguir narrados:

I – DOS FATOS

II – DA TUTELA ANTECIPADA

O autor da presente pede possa Vossa Excelência deferir a tutela jurisdicional pretendida de modo antecipado, já que todos os requisitos necessários para tal provimento restam presentes, conforme exige o art. 273 do CPC.

No que tange à fumaça do bom direito, a mesma se revela presente de modo inequívoco, de sorte que é verossímil o que alega o autor, existe o juízo de probabilidade do deferimento definitivo da tutela ao final, o *fumus boni iuris* está presente, vide fundamentação ante exposta.

No que tange ao *periculum in mora*, também se revela presente de forma transparente, existe risco de ocorrência de dano de difícil e incerta reparação contra o autor da presente, caso a tutela jurisdicional não seja antecipada como se pleiteia, e somente seja concedida ao final, o *periculum in mora* é flagrante.

No que tange ao dano ora comentado, o mesmo é grave, conforme se explica, detalhadamente, no DOC. ... anexo.

Sugere o autor reflexão, no sentido de que parece crível aceitar que o deferimento da tutela, no caso presente, não afetaria os interesses da Fazenda Pública.

Finaliza esclarecendo que a finalidade da tutela antecipada ora pretendida é propiciar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, V, do CTN, para fins de evitar ajuizamento de execução fiscal e para assegurar o acesso a certidões com efeito de negativa, se necessário for.

III – DO DEPÓSITO PARCIAL

O Autor da presente vem pedir autorização a Vossa Excelência para proceder ao depósito parcial em valor inferior das cobranças, por não dispor do montante integral da cobrança, de valor ... relativo a uma cobrança que corresponde a uma suposta dívida de IPTU, conforme alega o município de Cuiabá, ora Réu na presente ação, a qual o Autor entende não existir.

IV – DO DIREITO

V – DOS PEDIDOS

a) requer a citação do Réu, na pessoa de seu representante legal, para que possa ingressar no feito e, querendo, se manifeste;

b) pede a permissão para a produção de todas as provas permitidas em direito;

c) requer a condenação do Réu ao pagamento das verbas sucumbenciais devidas, destacando as custas judiciais e os honorários advocatícios;

d) RJP – requer julgue procedente a ação para declarar a inexistência da dívida, extinguir o crédito tributário nos termos do art. 156, X, do CTN e anular o lançamento;

e) reafirma pedido de efeito suspensivo, nos termos do art. 151, II e V, do CTN, combinado com a Súmula 112 do STJ;

f) reafirma pedido para autorização para proceder ao depósito do montante integral em dinheiro;

g) requer que possa levantar a garantia ao final, na forma da Lei;

h) reafirma pedido de deferimento da tutela antecipada.

Dá-se à causa o valor de R$ ... (consoante arts. 258 a 261 do CPC; valor da cobrança formalizada no lançamento)

Termos em que,

Pede Deferimento

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

AÇÃO ANULATÓRIA CUMULADA COM AÇÃO REPETITÓRIA

(Endereçamento Justiça Estadual)

Excelentíssimo Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... (Fazenda Pública/Civil/Única/Especializada) da Comarca do Município de ... Estado ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF e Identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo, com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante Vossa Excelência, nos termos do art. 282 do CPC e do art. 38, parágrafo único, da Lei 6.830/1980, bem como dos arts. 151, II, 165, I, 167, parágrafo único, bem como do art. 168, todos do CTN, combinados com as Súmulas 162 e 188 do STJ, ajuizar a presente

AÇÃO ANULATÓRIA
CUMULADA COM AÇÃO REPETITÓRIA

em face do Município X, pessoa jurídica de direito público interno, endereço e sua respectiva Fazenda Pública Municipal, diante dos fatos e fundamentos a seguir narrados:

I – DOS FATOS

II – DA TEMPESTIVIDADE

O autor da presente afirma que o ajuizamento da ação em tela se faz tempestivo, já que dentro do prazo de 5 anos a que se refere o art. 168 do CTN. Portanto, registra que não ocorreu a prescrição, de sorte que a pretensão de condenar a ré a ressarcir a quantia indevidamente paga está viva.

III – DO PAGAMENTO INDEVIDO

O autor esclarece que o pagamento indevido se fez na quantia de R$ ..., e relativamente a uma suposta dívida do tributo ... . Por oportuno, registra que segue em anexo o comprovante de tal pagamento (DOC. ...).

IV – DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

O autor da presente pede possa Vossa Excelência, ao julgar procedente a ação, determinar que se aplique sobre o valor do pagamento indevidamente feito o acréscimo dos juros e correção monetária, na forma da lei. Ademais, que possa observar o art. 167, parágrafo único, do CTN, bem como as Súmulas ١٦٢ e ١٨٨ do STJ, de sorte que a correção monetária deve correr desde a data do pagamento indevido, e os juros vencendo a partir do trânsito em julgado da sentença.

V – DO DIREITO

VI – DOS PEDIDOS

a) requer a citação do Réu, na pessoa de seu representante legal, para que possa ingressar no feito e, querendo, se manifeste;

b) requer a permissão para a produção de todas as provas admissíveis em direito e necessárias para o deslinde da causa;

c) requer a condenação do Réu ao pagamento das verbas sucumbenciais devidas destacando as custas judiciais e os honorários advocatícios, nos termos do art. 20 do CPC;

d) (RJP) requer julgue procedente a ação para fins de condenar a Ré a restituir a quantia indevidamente paga já acrescida dos juros e correção monetária, na forma da lei, conforme ante exposto, e com fundamento no art. 167, parágrafo único, do CPC e nas Súmulas ١٦٢ e ١٨٨ do STJ, bem como para declarar a inexistência da dívida, extinguir o crédito tributário, nos termos do art. 156, X, do CTN, e anular o lançamento.

Dá-se à causa o valor de R$ ... (consoante arts. 258 a 261 do CPC)

Termos em que,

Pede Deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

CAPÍTULO III

TREINAMENTO COM RESOLUÇÃO DE QUESTÕES E PEÇAS

QUESTÃO 1

A União, ao aplicar as alíquotas da Cofins sobre o faturamento obtido por contribuintes legais, após venda de mercadorias sobre as quais incide ICMS, está incluindo na base de cálculo da Cofins o valor relativo ao ICMS embutido no preço global da venda. Sociedade Ltda. PB, sediada na cidade de Salvador-BA, onde desenvolve atividade empresária, entende ser indevida a inclusão do ICMS na base da Cofins, e, para se defender judicialmente da cobrança feita após lançamento formal do crédito tributário, lhe contrata para ser seu advogado. Proceda adequadamente como patrono da causa.

RESOLUÇÃO DA QUESTÃO

Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da __ Vara Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia

Sociedade Ltda. PB, portadora de CNPJ n.º __________________, com inscrição n.º _______________ na Junta ___, contrato social anexo, com sede domiciliada na ____ (endereço), vem, por seu advogado, com endereço para receber intimações na _______________ (endereço do advogado), respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, nos termos dos arts. 273, 282 e 585, § 1.º, do CPC, art. 151, V, do CTN e art. 38 da Lei 6.830/1980, propor a presente

AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO FISCAL
COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA

em face da **FAZENDA PÚBLICA NACIONAL/UNIÃO FEDERAL**, pelos motivos de fato e de Direito a seguir expostos:

I – DOS FATOS

A *Fazenda Nacional* está cobrando a Cofins sobre o faturamento do contribuinte por meio de uma técnica de tributação que se entende indevida, qual seja, mediante a inclusão na base de cálculo da referida contribuição do valor relativo ao ICMS a ser pago pelo mesmo contribuinte nas operações de fornecimento de mercadorias. Diante de tal medida o que ocorre é um alargamento da base de cálculo da Cofins, bem como a incidência da mesma sobre o próprio valor do ICMS a ser recolhido em favor dos Estados.

Pelos fundamentos a seguir expostos é que se entende ser indevida a inclusão de tal valor na base imponível da tributação em análise, razões pelas quais se pretende ver declarada a ilegitimidade de tal técnica de tributação, bem como a anulação do lançamento e a consequente revisão do valor a ser pago, o que deu ensejo à presente ação anulatória.

II – DO DIREITO. DOS FUNDAMENTOS DO PEDIDO

A CRFB/1988 autoriza, no seu art. 195, I, *a*, a União Federal a cobrar *contribuição para custear a seguridade social* a incidir sobre o *faturamento* dos empregadores, bem como de todos aqueles a quem a lei equiparar.

A LC 70/1991 regula tal via de tributação, determinando que a Contribuição em análise seja cobrada com uma alíquota de 3% sobre o valor faturado pelo sujeito passivo.

A grande discussão reside em saber qual seria o conceito de *faturamento*, o qual deve ser tomado como parâmetro para a tributação, sendo o numerário indicativo de sua dimensão a verdadeira *base* a se adotar para se fazer o *cálculo* do valor a pagar.

Nesse linear, um conceito de *faturamento* que conduza a uma mais ampla quantificação desse numerário tornará a base de cálculo mais grandiosa e, de certo, após a incidência da alíquota a prestação a ser paga pelo contribuinte, ficará mais cara, do mesmo modo em que, caso se adote um outro conceito de *faturamento* que reduza esse quantitativo a ser utilizado como base de cálculo, a prestação ficará reduzida. E o fator que, neste caso concreto, pode interferir na dimensão da prestação a ser paga pelo sujeito passivo, por interferir na exata qualificação do que se entende por *faturamento* é a discussão a respeito da possibilidade ou não da inclusão do valor pago de ICMS ao Estado ser considerado como elemento integrante do *faturamento*. Ou seja, em outras palavras, o embate jurídico reside em saber se a noção do que se entende por *faturamento* engloba o valor de ICMS repassado no preço da operação com a qual se vendeu a mercadoria, ou se o *faturamento* corresponde ao valor da operação *descontado o valor do ICMS embutido* na mesma. Insistindo: é preciso depurar o valor percebido como remuneração pela operação de alienação da mercadoria, para, aí sim, excluindo o montante relativo ao ICMS, se encontrar a real noção do *faturamento* do empresário, ou, do contrário, o *faturamento* seria esse montante *bruto* recebido sem sofrer qualquer exclusão?

A consequência do enfretamento temático é de simples percepção e de elevada repercussão prática, motivo pelo qual, inclusive, debruça-se a parte autora sobre a presente ação, vide compreender o bom *direito* no que tange ao fato de modo diametralmente oposto ao que sustenta a Fazenda Nacional. Então vejamos: caso se entenda, como pretende o fisco federal, ser o *faturamento* o valor integral percebido pelo empresário sem que se faça a dedução do valor de ICMS embutido no preço da operação e pago ao fisco estadual, a Cofins incidirá sobre uma base muito mais ampla, na qual fica incluso todo o valor de ICMS recolhido pelo contribuinte, aumentando consideravelmente (e, frise-se, desde logo, *indevidamente*) o valor da prestação a ser paga pelo sujeito passivo, promovendo verdadeira tributação sobreposta com a qual a Fazenda Nacional estaria desenvolvendo uma tributação sobre o montante tributário devido ao governo estadual, e não exatamente sobre um valor que significa uma riqueza pertencente ao sujeito passivo. Do contrário, depurar a *base de cálculo* da Cofins, excluindo-se o montante relativo ao ICMS, por se entender não ser tal numerário um *faturamento* do sujeito passivo, mas sim um valor que pertence ao fisco estadual, implicaria reduzir de modo substancial a quantificação da prestação do contribuinte.

De modo objetivo e extremamente transparente, o que está em jogo é saber se pode a Fazenda Nacional cobrar a Cofins em cima de todo o valor arrecadado de ICMS pelos fiscos estaduais. Ou seja, caso os contribuintes que pagam ICMS tenham que incluir esse valor na base de cálculo da Cofins, entendido esse montante como parte integrante do faturamento, o que se tem por fim é a legitimação de que o governo federal arrecade 3% (alíquota da Cofins) em cima de todo o ICMS brasileiro pago aos governos estaduais, devendo então o sujeito passivo suportar esse adicional de ICMS em valor de 3% em favor da Seguridade Social, o que, a toda evidência e com irretocável certeza, não merece lograr louros de verdade e de legitimação, vide os argumentos a seguir expostos.

O grande fundamento pelo qual se cobra a Cofins sobre o *faturamento* do agente econômico é que se vislumbra nesse *faturamento* uma exteriorização de riqueza, de poder econômico, motivo pelo qual se impõe ao administrado o dever de contribuir com parte dessa ***sua*** riqueza em prol do custeio da seguridade social. Dentro dessa noção da capacidade contributiva, tão peculiar aos impostos e normalmente valorada nas contribuições especiais, a ideia nuclear a inspirar a cobrança do tributo é a de que, *faturando* o empregador, está *adquirindo riqueza*. Logo, nada mais correto do que dar *parcela dessa* ***sua*** *riqueza* para o Estado.

Ocorre que, quando a venda é feita e o *"faturamento"* é recebido, e aí ENTENDA-SE por *"faturamento"* O VALOR BRUTO pago pelo consumidor para adquirir a mercadoria, parte desse *"faturamento"* deverá ser entregue ao *fisco estadual* como valor correspondente ao ICMS devido, e o que então se percebe é que, quando o fornecedor recebe o montante bruto do consumidor que lhe remunera, apenas uma parte dessa arrecadação é que *realmente lhe pertence*, visto que por expressa exigência da lei estadual de ICMS a parcela relativa a esse imposto deve ser obrigatoriamente entregue ao fisco estadual, não sendo a mesma de titularidade do contribuinte, vide a certeza de que, se ele se apropriar e não repassar o valor do ICMS ao fisco, poderá estar, inclusive, cometendo um crime contra a ordem tributária. Portanto, de se indagar: será que esse valor correspondente ao ICMS devido e que está incluso na *remuneração bruta* obtida na alienação pode ser considerado parte da riqueza do empresário? Será que esse valor percebido, que por expresso mandamento legal deve ser repassado ao fisco estadual,

deve ser considerado como um bem econômico de titularidade do sujeito passivo da relação tributária? Será que o conceito de *faturamento*, quando utilizado pelo constituinte para apontar a base de cálculo tributável, estaria incluindo esse montante, para que a Cofins incidisse também sobre ele, expropriando parte dele, determinando ao contribuinte o dever de pagar "x"% dessa riqueza que sequer lhe pertence? Será que alguém pode ser obrigado a contribuir com parte de algo que não lhe pertence?

Por lógico que a resposta é negativa para cada uma e para todas as perguntas acima expostas, especialmente quando as reflexões jurídicas condutoras à conclusão do tema se edificam sob os cânones da justiça fiscal e da segurança jurídica. O valor do ICMS recolhido ao fisco estadual deve ser abatido da base de cálculo da Cofins, havendo a redução desta e por fim uma compreensão do sentido real de *faturamento* como aquele que inclui o valor remunerado na operação econômica excluindo-se o valor que traduz parcelas tributárias devidas concorrentemente. Não se pode aceitar que a expressão *faturamento* utilizada pelo constituinte possa englobar algo que não seja a própria riqueza do contribuinte; não se pode aceitar que a palavra *faturamento* possa estar querendo indicar o próprio valor de outros tributos, especialmente quando se sabe que esses valores *não pertencem ao sujeito passivo*, e, assim sendo, pensar o contrário importaria reconhecer que a Constituição estaria autorizando a incidência de contribuição sobre imposto, ou seja, de tributo sobre tributo, algo que, nos raros casos em que ela opta por admitir, o faz de modo expresso, por exemplo, nas situações em que se admite a inclusão do valor do IPI na base de cálculo do ICMS. Logo, inadequada a hermenêutica constitucional que induz a uma exceção sem que haja expressa previsão da mesma, ainda mais quando se trata de exceção desse garbo, ou seja, a possibilidade de um tributo incidir sobre outro tributo, o que é algo realmente anômalo e que somente raramente se admite, sempre conforme EXPRESSA PREVISÃO. Não merece prosperar a crença de que, quando o constituinte fala em *faturamento*, está querendo implicitamente autorizar a incidência da contribuição sobre o valor do ICMS. Não seria lícito onerar os contribuintes de ICMS com um adicional em favor da seguridade social, o que inegavelmente ocorre quando se inclui o ICMS na base da Cofins.

Resta claro e evidente que o contribuinte de direito, quando paga o ICMS, está apenas cumprindo seu dever legal de repassar o valor do referido imposto ao Estado-membro, cumprindo seu *ônus fiscal* de arrecadar esse ICMS, pago, *de fato,* pelo consumidor final, e que o empregador/fornecedor apenas cumpre a sua função de receber e repassar em sequência ao fisco estadual. Logo, como se trata de um montante que não integra seu *faturamento* verdadeiro, não pode ser considerado uma receita que lhe pertence, motivo pelo qual não pode ser entendido como parte verdadeira do *faturamento* que o agente econômico obtém na sua atividade econômica. Há de se distinguir a *remuneração bruta* do *faturamento*, o qual é uma resultante que se apura após se excluir o valor do ICMS de dentro do valor que corresponde à remuneração bruta.

Por todos os fundamentos expostos é que se tem a certeza de que na linguagem constitucional o conceito de *faturamento* não engloba o valor relativo ao ICMS pago, devendo então ocorrer essa depuração do montante relativo ao imposto estadual de base imponível da contribuição social em tela, invalidando-se todo e qualquer ato de cobrança da Cofins que esteja sendo feita de modo indevido, incluindo na base da contribuição o valor do imposto.

Nessa linha de pensamento, há de anular o lançamento aqui atacado, determinando-se que o mesmo seja feito novamente de modo correto, promovendo um redimensionamento do valor da parcela a ser paga pelo contribuinte em favor da seguridade social, de certo inferior ao valor cobrado por um lançamento que se fez mediante a técnica de apuração da base de cálculo incluindo-se o valor relativo ao ICMS. Nesses termos, segue a formalização do pedido.

III – DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Diante da convicção plena da titularidade do direito líquido e certo esposado, da existência inegável da verossimilhança da alegação, bem como do risco evidente de suportar o autor danos irreparáveis em caso de no curso da presente ação ter seu nome inscrito em dívida ativa, e ainda no intento de poder enfrentar o mérito da questão no curso desta sem sofrer o ajuizamento de execução fiscal conexa na mesma matéria, o que importaria no dever de ajuizamento de embargos, os quais determinariam o dever da disponibilização da garantia, a qual não se terá como suportar por falta de condições financeiras, é que vem requerer, nos termos do art. 273 do CPC, a concessão antecipada da tutela pretendida, em caráter de urgência, para fins de suspender a exigibilidade do crédito tributário nos termos do art. 151, V, do CTN e impedir a execução fiscal, a qual, do contrário, seria possível nos termos do art. 585, § 1.º, do CPC e dos ditames da Lei 6.830/1980.

IV – DO PEDIDO

Requer:

I – que seja julgada procedente a ação, anulando-se o lançamento do crédito tributário realizado, declarando-se indevido o valor cobrado, impondo-se à Fazenda Nacional que, caso faça um novo lançamento, não inclua o valor do ICMS na base da Cofins;

II – a concessão da tutela antecipada, nos termos do art. 273 do CPC e conforme fundamentação já feita, para fins de suspender a exigibilidade do crédito tributário nos termos do art. 151, V, do CTN e impedir a execução fiscal;

III – a citação da ré, na pessoa de seu representante judicial;

IV – a condenação da ré no pagamento das verbas de sucumbência e de honorários advocatícios;

V – permissão para a produção de provas por todos os meios admitidos em direito.

Dá-se o valor da causa de R$ ________ para todos os efeitos legais.

Termos em que,

Pede deferimento.

_______________, ____ de _____________ de ______

(local e data)

____

(nome do advogado)

OAB/___ n.º_____

QUESTÃO 2

Fabricante de produtos automotores em São Paulo, com sede na capital, remeteu certa quantidade de peças para uma loja revendedora das mesmas no interior do Estado. Após tributado o IPI, a Fazenda de São Paulo lançou o ICMS, incluindo o valor do IPI na base de cálculo, fazendo com que o ICMS incidisse não apenas sobre ele mesmo, mas também sobre o referido imposto federal. O contribuinte entende que a inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS é indevida e que tal conduta aumenta a sua carga tributária. Logo, lhe constitui como seu advogado para defendê-lo judicialmente diante do lançamento feito. Proceda adequadamente.

RESOLUÇÃO DA QUESTÃO

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ___ Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital – SP

Sociedade Empresária ‘x’, portadora de CNPJ n.º __________________, com inscrição n.º _______________ na Junta ___, contrato social anexo, com sede domiciliada na ____ (endereço), vem, por seu advogado, com endereço para receber intimações na _______________ (endereço do advogado), respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, nos termos dos arts. 282 do CPC, art. 151, II, do CTN e art. 38 da Lei 6.830/1980, propor a presente

AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO
COM PEDIDO DE DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL

em face da **FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DO ESTADO DE SÃO PAULO,** pelos motivos de fato e de direito a

seguir expostos:

I – DOS FATOS

A parte autora, na qualidade de contribuinte de ICMS no Estado de São Paulo, foi tributada pela Fazenda Estadual e recebeu cobrança de certo montante do imposto em comento em razão de ter comercializado certas peças ligadas ao mercado automotor, no qual atua na posição de fabricante, a uma de suas revendedoras, uma loja no interior do Estado paulista. Ocorre que na hora de apurar o valor a ser cobrado a Fazenda Estadual tomou por *base de cálculo* o montante global da operação econômica e ***incluiu o valor relativo ao IPI*** tributado pela Fazenda Nacional, o que dilatou a base de cálculo do ICMS aumentando a prestação a ser pega pelo contribuinte, sendo que a Constituição da República é clara ao disciplinar a matéria e não permite que em tal tipo de operação o valor do tributo federal citado seja incluído na base de cálculo do ICMS estadual. Diante dos fatos e pelos fundamentos de direito imediatamente a seguir expostos é que vem o autor requerer a anulação do lançamento e a consequente declaração de inexistência da dívida no valor cobrado.

II – DO DIREITO. DOS FUNDAMENTOS DO PEDIDO

A base de cálculo a ser adotada na cobrança do ICMS deve seguir as regras previstas tanto na Constituição da República, quando da regulação maior da matéria, como da LC 87/1996, diploma que cumpre o papel de fornecer normas gerais de legislação tributária para o imposto em comento.

Conhecida (e disciplinada) questão é a que busca analisar se é cabível ou não incluir o valor pago a título de IPI na base de cálculo do ICMS, para que assim esta fique mais ampla (caso de inclusão do valor do IPI) ou mais restrita (não inclusão do valor do IPI). De tal forma, o resultado concreto é que, caso o montante relativo ao imposto federal seja incluído na base de cálculo do ICMS, o valor a recolher deste tributo em referência será maior do que seria o valor a pagar no caso da não inclusão, vide que a alíquota incidirá em um montante mais largo do que seria na hipótese de não dilatação da base pela inserção do IPI na mensuração da mesma. E por isso o interesse dos contribuintes em verem ser reconhecido como indevido o referido acréscimo, visto que tal verdade implica um menor valor de ICMS a pagar.

O critério adotado pelo constituinte, vide o art. 155, § 2.º, XI, repetido no art. 13, § 2.º, da LC 87/1996, é o de que somente em alguns casos excepcionais é que se torna possível incluir o valor do IPI na base de cálculo do ICMS, o que, destaque-se, nem de longe é o caso em evidência. Logo, a regra, a qual açambarca o autor em tela, é a da não inclusão do montante do imposto federal na base do ICMS, algo que foi desrespeitado no caso concreto, motivando assim a presente ação anulatória.

Afirma a Carta Magna no citado dispositivo que o ICMS *"não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos"*. Em idêntico teor repete a LC 87/1996 no também mencionado comando citando que *"não integra a base de cálculo do imposto o montante do Imposto sobre Produtos Industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configurar fato gerador de ambos os impostos"*.

Da regra constitucional, repetida na lei complementar de normas gerais, depreende-se que nos casos em que as operações de circulação de mercadoria se realizam entre dois *contribuintes*, e que tal operação é destinada a uma etapa superveniente de *industrialização* ou de *comercialização*, e, ainda, se na conduta estão materializados os *fatos geradores dos dois impostos*, ***nestes casos, o IPI não deve ser incluído na base de cálculo do ICMS***. E é exatamente o que ocorreu no caso concreto que motiva a presente demanda. Um fabricante (o autor aqui postulante) realizou venda de produto industrializado (peça automotora) para uma loja revendedora. No caso, trata-se de venda entre *dois contribuintes*, trata-se de operação que é *fato gerador dos dois impostos* e por fim a aquisição pelo lojista é para revenda, o que comprova que a operação é destinada a *comercialização* superveniente. Todos os requisitos estão presentes para fins de se aplicar a norma constitucional proibitiva de inclusão do valor recolhido de IPI na base de cálculo do ICMS.

O desrespeito a essa vedação fez com que o valor do ICMS lançado ficasse mais caro, vide a base de cálculo mais ampla pela inclusão do imposto federal.

Por todo o exposto, requer:

III – DO PEDIDO

a) a citação da ré na pessoa de seu representante;

b) a autorização de imediato para proceder ao *depósito do montante integral*, em dinheiro, no intento de suspender a exigibilidade do crédito, nos termos do art. 151, II, do CTN, e assim impedir o ajuizamento de execução fiscal, bem como inibindo desde já os consectários moratórios;

c) que seja julgada procedente a ação para fins de anular o lançamento, declarando indevida a tributação nos moldes em que foi feita, reconhecendo-se a inexatidão do valor cobrado;

d) que seja permitida a produção de todos os meios de prova admitidos em direito;

e) a condenação da ré ao pagamento de todas as verbas sucumbenciais.

Dá-se a causa o valor __________

Nesses termos,

Pede deferimento.

____

Advogado, OAB n.º_____

QUESTÃO 3

Certo Estado da Federação tem na sua lei reguladora do IPVA a previsão de alíquotas diferenciadas para incidir sobre veículos importados em relação aos nacionais. Enquanto o Estado tributa os carros nacionais com a alíquota de 4%, a tributação sobre os veículos de procedência estrangeira se faz com a alíquota de 5%. Cláudio, proprietário de veículo importado, entendeu ser inconstitucional a medida adotada pelo governo estadual e lhe contratou para defendê-lo judicialmente diante do lançamento feito pelo referido Estado da Federação. Desenvolva a defesa e ajuíze a ação pertinente em favor do seu cliente.

RESOLUÇÃO DA QUESTÃO

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ___ Vara ____ da Comarca ______

Cláudio _______________, brasileiro, solteiro, portador de carteira de identidade n.º ______________, CPF n.º __________________, domiciliado no endereço __________________________, vem, por meio de seu advogado infra-assinado, com endereço para receber intimações na __________________________, respeitosamente, na presença de V. Exa., nos termos do art. 282 do CPC, do art. 38 da Lei 6.830/1980, do art. 151, V, do CTN, e ainda do art. 273 do CPC, ajuizar a presente

AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO FISCAL
COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

em face da **FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DO ESTADO ______________,** pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos:

I – DOS FATOS

O Estado ‘x’ da federação praticou ato de cobrança de IPVA utilizando uma técnica de tributação entendida como inconstitucional, qual seja, valendo-se de uma técnica de diferenciação de alíquotas com base no critério *carro nacional x carro de origem estrangeira*. Ou seja, a lei do IPVA determina uma alíquota mais elevada para que o imposto incida mais gravosamente sobre os carros importados. Por entender tal critério de diferenciação inadmissível em face dos pilares da justiça fiscal e nos termos da atual Constituição, é que o contribuinte se insurge contra o lançamento e vem postular na presente ação a anulação do lançamento e a extinção do crédito, nos termos dos argumentos a seguir expostos.

II – DO DIREITO. DOS FUNDAMENTOS DO PEDIDO

O sistema de alíquotas diferenciadas para a cobrança de impostos é disciplinado na nossa Constituição, havendo alguns dispositivos expressos que autorizam tal medida. Entretanto, é matéria que não deve ser interpretada com ampliações, sendo indevida a admissibilidade de elevação das alíquotas *fora dos casos estritos em que a Constituição autoriza tal feito*. E, no que tange ao caso concreto, não existe permissão constitucional para variar as alíquotas do IPVA com base no critério adotado pela lei atacada; tal hipótese não se encontra no vasto rol edificado pelo constituinte como legitimador do uso de alíquotas diferenciadas para os impostos. Além do mais, a adoção, neste caso concreto, do referido critério para desigualar os contribuintes, colide com um outro vetor constitucional, o chamado *princípio da não discriminação pela procedência ou destino,* previsto no art. 152 da Magna Carta, havendo uma flagrante inconstitucionalidade material, a qual já foi, inclusive, por diversas vezes reconhecida no Supremo Tribunal Federal e em diferentes Tribunais de Justiça Originários nos mais diversos Estados da federação.

Até a edição da EC 42/2003, não havia um dispositivo sequer no texto constitucional que se referisse com especialidade ao IPVA. Por via de tal emenda foi inserido um parágrafo no art. 155, o § 6.º, que no seu inciso II autorizou a utilização de alíquotas diferenciadas para a cobrança do imposto em razão do critério *tipo e utilização* do veículo. Por certo que tais expressões, *“tipo”* e *“utilização”* revelam inegável carga de indeterminabilidade, podendo ser tais conceitos manipulados pelo legislador estadual quando da aplicação de tal permissivo para fins de alterar a lei local de IPVA e realmente colocar alíquotas diferenciadas. Evidente que o legislador ordinário terá a possibilidade de se valer de certa discricionariedade para definir o que se entende por *tipo* e *utilização* e assim modificar as alíquotas. Entretanto, tal volitividade não lhe permitirá utilizar o critério *nacional x importado* para diferenciar as alíquotas, uma vez que na definição do que seja *“tipo”* não se pode tomar por parâmetro a procedência de veículo, visto que, se tal medida fosse possível, mutilado restaria o teor normativo do já citado art. 152, o qual, pautado no primado da justiça fiscal da vedação de discriminação, proíbe que se estabeleça uma tributação diferenciada pelos critérios da procedência e do destino. Além do que estar-se-ia colidindo com o robusto entendimento reinante na doutrina mais abalizada, chancelado pelos tribunais maiores, vide jurisprudência sedimentada na Suprema Corte.

Assim sendo, notória a inconstitucionalidade da lei atacada, vide ter adotado como critério diferenciador das alíquotas do IPVA o acima narrado, que por todos os fundamentos expostos se entende indevido.

III – DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Valendo-se da prerrogativa oportunizada no art. 273 do CPC e buscando os efeitos do art. 151, V, do CTN, combatendo o permissivo do art. 585, § 1.º, do Código de Processo e no intento de impedir a aplicação do sistema normativo da Lei 6.830/1980, vem o autor requerer a

CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA

vide a certeza da existência de verossimilhança do alegado, a certeza do bom direito, bem como por ser extremamente perigoso para o requerente trafegar no enfrentamento do mérito sem estar protegido pelo efeito suspensivo da pretensão autoral, visto que a eventual inscrição em dívida ativa traria danos irreparáveis para a parte, e, ainda, a possibilidade de uma execução fiscal conexa em momento superveniente impossibilitaria o uso dos embargos, em face da inviabilidade de oferecimento de garantia, por não ter a parte bens para indicar à penhora, por não ter recursos financeiros disponíveis para fazer o depósito e por ser altamente improvável conseguir uma fiança bancária. Logo, a defesa ficaria comprometida caso fosse ajuizada a execução fiscal

sobrestadora da presente ação. Por tais fundamentos, ciente da existência do *perigo da mora, da fumaça do bom direito e da verossimilhança do alegado,* é que requer provimento ao pedido feito.

IV – DO PEDIDO

a) que seja julgada procedente a ação para, afastando-se incidentalmente a aplicação da lei em face do vício de inconstitucionalidade suscitado, anular o lançamento, reconhecendo-se a inexistência da dívida cobrada e extinguindo-se o crédito, bem como a declaração da impossibilidade de uso de alíquota diferenciada sobre veículos importados;

b) que seja deferido o pedido de antecipação de tutela de acordo com as alegações ante expostas;

c) que seja citada a ré na pessoa de seu representante;

d) que seja admitida a produção de todos os meios de provas cabíveis em direito;

e) que seja condenada a ré ao pagamento de todas as verbas sucumbenciais e honorários advocatícios.

Dá-se a causa o valor ______________

Nesses termos,

Pede deferimento.

____

Advogado _________, OAB n.º ______

Local ________, Data ___/___/______

QUESTÃO 4

O Governo Federal promove majoração do IPI sobre comercialização de certo produto industrializado, elevando a alíquota de 15% para 25%, no dia 10.03.2008. Sociedade Ltda. ‘x’, vendedora do citado produto, está recebendo cobrança por parte da Receita Federal, em abril de 2009, relativamente ao valor 10% de IPI correspondente às vendas que foram feitas no período de março até o final de maio de 2008. O contribuinte alega que recolheu o IPI com base na alíquota de 15%. A Fazenda sustenta que a alíquota aplicável a tais operações deveria ser a de 25%, vide majoração feita no dia 10.03.2008, sustentando ainda que, como já se passaram mais de 90 dias a contar da publicação do decreto que majorou a referida alíquota, a cobrança dos 15% de diferença é devida. Você é contratado por esse contribuinte para, na qualidade de seu advogado, defendê-lo judicialmente. Proceda da maneira adequada e ajuíze a ação devida para defender o seu novo cliente, fundamentando seu pedido corretamente.

RESOLUÇÃO DA QUESTÃO

Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da ____ Vara Federal da Seção Judiciária ______

Sociedade Ltda. ‘x’, portadora de CNPJ inscrito sob o n.º ________________, na Junta _______, com domicílio fixado no endereço _________________ , contrato social anexo, vem, por meio de seu advogado infra-assinado, com domicílio para receber intimações no endereço _____________________, vem, nos termos do art. 38 da Lei 6.830/1980, do art. 151, V, do CTN e dos arts. 273 e 282 do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., ajuizar a presente

AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO FISCAL
COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

em face da **UNIÃO FEDERAL/FAZENDA PÚBLICA NACIONAL**, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

I – DOS FATOS

O Governo Federal promoveu majoração de IPI no dia 10.03.2008, elevando a alíquota incidente sobre o produto ‘x’, comercializado pelo autor da presente demanda, de 15% para 25%, aumentando sensivelmente a carga tributária. Em face do princípio da anterioridade no que tange a sua cláusula do *mínimo nonagesimal*, constante no art. 150, III, *c*, da Magna Carta, a novel tributação não pode ser repassada aos contribuintes antes de decorridos pelo menos noventa dias a contar da publicação do ato majorador, no caso o IPI, um decreto executivo, vide ser o imposto em análise exceção ao princípio da legalidade, sendo realmente cabível a modificação de suas alíquotas por ato executivo, nos termos do art. 153, § 3.º, da CRFB/1988. Nesses termos, nos primeiros 90 dias a contar da publicação do mesmo não se aplica a alíquota nova sobre os fatos que estiverem acontecendo, os quais devem ser regidos pela alíquota antiga.

No presente caso o que ocorreu foi que a Fazenda Nacional, no ano de 2009, um ano depois de ter feito a majoração, veio cobrar do contribuinte ora postulante o valor do IPI de 25% relativamente ao período que estava compreendido no lapso temporal da chamada *noventena*. O contribuinte havia recolhido o imposto normalmente, com a alíquota de 15%, a alíquota correta, diga-se de passagem, visto que a nova só teria aplicabilidade noventa dias depois. A Fazenda Nacional, entretanto, entende que o imposto pode ser cobrado mais caro inclusive quanto aos fatos geradores ocorridos dentro do período da noventena, desde que a cobrança somente se formalize no mínimo noventa dias após ter sido publicado o decreto majorador. E por tal forma de pensar é que veio em 2009 lançar a diferença do imposto entendendo que esta deveria ter sido recolhida pelo contribuinte após findos os noventa dias. Por discordar de tal forma de interpretação quanto ao modo de aplicação do princípio da anterioridade é que vem o contribuinte, na condição de autor da ação em tela, pleitear a anulação do mesmo e a declaração de inexistência de dívida tributária, pelos fundamentos a seguir expostos.

II – DO DIREITO. DOS FUNDAMENTOS DO PEDIDO

O princípio da anterioridade assegura-se como um dos mais nobres cânones da segurança jurídica, garantia individual vital para que imperem a estabilidade e a confiança dos administrados na Administração no decorrer das relações obrigacionais tributárias. Por tal comando protetivo, presente no ordenamento de modo positivo e com natureza constitucional expressa (art. 150, III, *b* e *c*), limita-se o poder de tributar do Estado, ensinando-se cada qual dos entes federativos titulares das competências tributárias que o exercício das mesmas encontra limitações e barreiras, entre as quais a estabelecida por este robusto monumento garantista, o qual ensina que, quando o ente cria um tributo novo ou majora um já existente, não pode pretender aplicar a novel tributação gravosa de imediato, devendo esperar um certo tempo para somente depois poder aplicar aos jurisdicionados a *novatio* medida *in pejus*. Assim sendo, assegura-se aos administrados um lapso temporal mínimo de não sujeição à aplicabilidade da nova norma gravosa, permitindo aos mesmos se programar para então suportarem a nova exigência de se entregar riqueza, a qual até então não existia, adaptando-se ao novo regime de modo mais organizado e mais bem planejado. Surge, portanto, um princípio normativo que impõe ao Estado uma posterioridade da aplicação da nova lei gravosa, ficando a mesma podada por uma inaplicabilidade imediata, restando ao ente tributante o dever de dar uma *anterioridade* de aviso, publicando a lei gravosa antes de quando pretende ver sua norma aplicável, protegendo-se assim a estabilidade dos planejamentos fiscais das pessoas, evitando-se a chamada surpresa fiscal indesejosa.

O lapso temporal que quantifica essa inaplicabilidade da nova norma gravosa é determinado pelo teor normativo do disposto nas alíneas *b* e *c* do art. 150, III, da Constituição de 1988. Por eles, fica determinado que a nova norma somente se aplica aos fatos geradores ocorridos a partir do exercício financeiro seguinte àquele em que está sendo publicada a norma gravosa (é o

previsto na alínea *b*), bem como desde que já passados no mínimo 90 dias desta publicação (alínea *c*). Ou seja, assegura-se ao jurisdicionado que ele não ficará sujeito à aplicação dessa nova norma no próprio ano em que ela nasce e é publicada, bem como, ainda, a certeza de que *não basta virar o ano*, sendo necessário, também, que se respeite um mínimo de 90 dias sem a sujeição a essa nova norma.

No caso do IPI, que é o imposto objeto da lide em debate, existe expressa exceção constitucional quanto à aplicação da alínea *b*, do art. 150, III, determinada pelo art. 150, § 1.º, primeira parte, devendo ser aplicada apenas a cláusula da alínea *c*, a chamada *noventena mínima e obrigatória*.

O que ocorre é que a Fazenda Nacional está compreendendo de modo equivocado a aplicação de tal garantia, buscando esvaziá-la e trazer para o administrado um ônus que não lhe é devido, pelo contrário, lhe é assegurado pela Constituição o direito de não suportá-lo.

É que o fisco sustenta que o efeito do princípio da anterioridade seria o de *retardar o ato de cobrança*, o de postergar apenas a *formalização do lançamento*, quando não é esse o verdadeiro teor substancial da norma. Por tal tese, o princípio da anterioridade atingiria o *lançamento*, e não a aplicabilidade normativa, sendo certo que esse segundo resultado é o adequado. Pelo princípio em comento, ***nenhum fato que ocorra durante o lapso temporal da anterioridade de aviso*** será sujeito à aplicação da lei gravosa atingida pelo comando em referência. Nenhum. O que o princípio da anterioridade determina é que a nova tributação *somente alcance fatos que ocorrerem a partir de vencido o prazo protético por ele estabelecido*.

O direito de lançar e assim cobrar a dívida, nem de longe é atingido pelo princípio da anterioridade. Tanto que o CTN, no art. 173, concede prazo de cinco anos para que se lance a dívida, não ocorrendo a caducidade do direito potestativo de cobrança antes de completar o quinquênio. A questão é: ao se lançar, com qual lei se deve proceder à regulação do lançamento? Logicamente que, quanto ao valor do tributo, com a lei *vigente e aplicável* no dia do fato gerador. E a lei majoradora de tributo só ganha aplicabilidade após vencido o prazo da anterioridade assegurado na Constituição. Durante esse lapso temporal, todas as condutas que estiverem acontecendo devem ser regidas pela lei anterior, ainda que mediante aplicação ultrativa. A lei nova apenas rege os fatos novos que se iniciarem após vencido o prazo da alínea *c* do art. 150, I e II (e, também, da alínea *b* quando for o caso, o que não ocorre no caso em debate).

No presente enfrentamento, ocorreu que o IPI foi majorado em março de 2008, de 15% para 25%. Aplicando-se o comando da noventena, o contribuinte tem o direito de somente se submeter a uma tributação com base nessa nova alíquota quanto aos fatos que praticar após vencidos os 90 dias, já no mês de junho com certeza. Quanto aos fatos geradores dos meses de março, abril e maio, deve recolher o imposto com base na alíquota de 15%, como, inclusive, o fez tempestivamente, registre-se.

Se existisse dívida, nenhum problema haveria em lançar no ano de 2009, vide ser de cinco anos o prazo decadencial, como citado acima. Entretanto, inexistindo dívida, especialmente por ter sido o tributo recolhido de modo correto, não pode prosperar o ato de cobrança, eivado que está do mais odioso dos vícios do mundo jurídico, qual seja, a patologia nevrálgica da inconstitucionalidade material.

Portanto, pretende a parte deixar claro que o princípio da anterioridade foi desacatado pelo fisco, que, ao lançar a dívida em 2009, pretendeu cobrar pelos fatos geradores de 2008 um IPI que não era devido, utilizando-se a alíquota majoradora sobre fatos geradores que estavam acontecendo dentro do período da noventena. Flagrantes o erro e a certeza do direito líquido e certo do contribuinte de não se submeter a qualquer efeito diante do lançamento feito, merecendo o mesmo ser anulado judicialmente.

Em face do exposto, vem respeitosamente requerer:

III – DA CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA

Nos termos do art. 273 do CPC e para fins de se alcançarem os efeitos do art. 151, V, do CTN, dos arts. 205 e 206 do mesmo Código, bem como no escopo de afastar a previsão do art. 585, § 1.º, do CPC e ainda o procedimento previsto na Lei 6.830/1980, vem requerer a

CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA

por entender ter direito líquido e certo, de estampa flagrante e incontroversa, restando latente a verossimilhança do alegado, bem como por ter a plena certeza de que a possibilidade de enfrentar o mérito sem estar protegido pela suspensão da exigibilidade do

crédito trará prejuízos danosos e irreparáveis à parte autora, vide, por exemplo, a necessidade emergencial de extração de certidões com efeito de negativas para habilitação em procedimento licitatório breve, ou, ainda, pela certeza de que, caso seja ajuizada a ação de execução fiscal conexa, não haverá possibilidade de oferecimento de embargos, vide a inviabilidade financeira para apresentação do depósito de garantia, a inexistência de titularidade de bens para serem indicados à penhora e ainda a falta de acesso a meios capazes de conquistar uma fiança bancária. Logo, o ajuizamento da execução fiscal conexa comprometeria substancialmente a possibilidade de defesa do autor diante do lançamento ora atacado, motivo pelo qual se agrava a percepção da parte pela inegável necessidade de conceder a tutela antecipada.

IV – DO PEDIDO

a) que seja julgada procedente a ação para, afastando-se incidentalmente a aplicação da lei em face do vício de inconstitucionalidade suscitado, anular o lançamento, reconhecendo-se a inexistência da dívida cobrada e extinguindo-se o crédito;

b) que seja deferido o pedido de antecipação de tutela de acordo com as alegações antes expostas;

c) que seja citada a ré na pessoa de seu representante;

d) que seja admitida a produção de todos os meios de provas cabíveis em direito;

e) que seja condenada a ré ao pagamento de todas as verbas sucumbenciais e honorários advocatícios.

Dá-se à causa o valor ______________

Nestes Termos,

Pede Deferimento.

____

Advogado _______________, OAB n.º_________

Local ___________, Data ___/___/______

QUESTÃO 5

O Governo Federal, por meio de medida provisória expedida pelo Presidente da República, no dia 31.03.2009, cria uma nova contribuição de seguridade social para captar recursos financeiros destinados a custear uma reforma na saúde pública e em ações assistenciais, determinando sua incidência sobre a conduta de aquisição de veículos automotores.

Noventa dias depois de expedida a medida provisória, o fisco passa a proceder à cobrança da referida contribuição. A medida provisória é convertida em lei no dia 10 de julho do mesmo ano. Carlos Alberto, após adquirir um veículo no dia 10 de abril na cidade de São José dos Campos, interior do Estado de São Paulo, e ser cobrado pelo fisco federal no tributo em comento, entende ser indevida a tributação, motivo pelo qual lhe procura para ser seu advogado e assim questionar judicialmente a legitimidade da cobrança, a qual não pretende ter que respeitar. Na qualidade de patrono da causa, advogue em defesa de seu cliente, ajuizando a ação adequada e fundamentando suas exposições.

RESOLUÇÃO DA QUESTÃO

Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da ___ Vara Federal da Subseção Judiciária do Estado de São Paulo/São José dos Campos

Carlos Alberto, brasileiro, solteiro, portador de identidade n.º ______________, CPF n.º _______________ , domiciliado no endereço ______________________________, vem, por meio de seu advogado abaixo qualificado, com procuração anexa, com endereço para receber intimações na ____, nos termos do art. 38 da Lei 6.830/1980, do art. 151, V, e arts. 205 e 206 do CTN, bem como dos arts. 273, 282 e 585, § 1.º, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., ajuizar a presente

AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO FISCAL
COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

em face da

UNIÃO FEDERAL/FAZENDA NACIONAL

pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

I – DOS FATOS

No intento de realizar reforma na área da seguridade social, o governo federal buscou ampliar suas receitas, inovando no plano jurídico e buscando instituir uma ***contribuição residual*** de seguridade social, matéria admitida no art. 195, § 4.º, do Texto Maior, desde que, como informa o próprio dispositivo, respeitadas as exigências limitadoras constantes no art. 154, I.

Para se criar uma contribuição de seguridade social, é necessário respeitar o teor limitador do art. 154, I, que traz os nortes condutores do *modus operandi* dentro do qual se pode exercer a chamada *competência residual tributária*. Uma dessas nucleares limitações é a de que somente em virtude de ***lei complementar*** é que se torna possível instituir um tributo residual no nosso ordenamento, seja ele uma contribuição social de seguridade social residual, seja até mesmo um imposto residual. E, se a matéria adentra na seleta reserva de temas para os quais o constituinte exige uso da *lei complementar*, incogitável se torna o manuseio das mesmas pela via das ***medidas provisórias***, o que seria extremamente antagônico e de irrazoabilidade flagrante. Além do mais, após o édito da EC 32/2001, a qual promoveu a reestruturação normatizadora do regime de manuseio das medidas provisórias, ficou expressa e terminantemente proibida a edição das mesmas em matéria reservada a lei complementar, vide proibição constante hoje no art. 62, § 1.º, III.

Nesse linear, entende o contribuinte que a contribuição instituída no presente caso e que lhe está sendo exigida é flagrantemente inconstitucional, motivo pelo qual se insurge contra a cobrança e ajuíza a presente ação.

II – DO DIREITO. DOS FUNDAMENTOS DO PEDIDO

Pacificada nos Tribunais e com aceitação que beira à unanimidade na doutrina é a questão. Não é viável instituição de *tributo residual* por via de medida provisória, uma vez que a matéria é reservada à lei complementar. Nenhum contribuinte pode se submeter a ato de tributação com o qual se cobra tributo dessa natureza se o mesmo vem respaldado em medida provisória ou, ainda assim, em lei ordinária superveniente decorrente de conversão da medida provisória. Há um vício formal insanável, denotando a inconstitucionalidade genética da contribuição em tela.

O fato de ter ocorrido a cobrança logo após 90 dias de expedição da medida provisória não é o ponto central da discussão, visto que, caso fosse possível criar a contribuição residual por medida provisória, não haveria nenhuma patologia quanto ao momento da cobrança, vide que o STF também já deixou pacificado que o princípio da anterioridade nonagesimal que se aplica às contribuições de seguridade social, disposto no art. 195, § 6.º, deve ter seu prazo de contagem iniciado quando da própria expedição da medida provisória, não sendo necessário esperar a conversão em lei para se iniciar a contagem do prazo da anterioridade. Como não se trata de imposto, não há que se cogitar da aplicação do art. 62, § 2.º, da Carta, o qual, de certo, importaria em modificação do entendimento, dado que, por seu teor normatizante, sendo a medida provisória expedida para criar ou majorar ***um imposto,*** deve ser convertida em lei para que então se conte o princípio da anterioridade somente a partir desse

momento. Como, entretanto, o referido comando ***não se refere às contribuições***, tal norma não lhes tem regência, valendo a manutenção do eterno entendimento do STF de que a surpresa fiscal vem com a publicação da medida provisória, que a medida provisória tem força de lei, e que contar a anterioridade a partir da medida provisória em nada lesa o contribuinte, pelo contrário, faz com que se respeite seu direito de não ser tributado de imediato, estirpando-se a aplicabilidade imediata na medida provisória, o que, de certo, não fosse o princípio da anterioridade, não ocorreria e a medida provisória teria eficácia a partir de sua simples expedição. Apesar, reitere-se, de não ser esse o ponto de fundamentação do pedido de anulação do lançamento, vide, como confesso, não há ilegitimidade em cobrar a contribuição de seguridade logo após respeitado o prazo nonagesimal contado este a partir da expedição da medida provisória. O fato é que, sendo a contribuição em tela uma *contribuição residual*, ela não poderia ser instituída pela via executiva da provisória medida normatizadora com força de lei. E é aí que reside o vício formal da inconstitucionalidade irremediável.

Portanto, diante do exposto e na certeza absoluta do direito líquido e certo de não se sujeitar ao dever de pagamento, nem mesmo de qualquer constrangimento em razão do lançamento equivocadamente praticado, é que vem a parte, respeitosamente, requerer:

III – DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

A concessão da tutela de modo antecipado, nos termos do art. 273 do CPC, para fins de alcançar a proteção emanada dos arts. 151, V, c/c os arts. 205 e 206 do CTN, afastando o permissivo do art. 585, § 1.º, do CPC e ainda a aplicabilidade do procedimento previsto na Lei 6.830/1980 em uma eventual execução fiscal concorrentemente ajuizada.

Certo da verossimilhança do alegado, da liquidez e certeza do bom direito, bem como ciente dos riscos de suportar danos irreparáveis pelo fato de ser passível a inscrição em dívida ativa e negatória de emissão de certidões negativas, e, ainda, a sujeição ao posto de réu em ação de execução fiscal conexa, ficando obrigado a embargar para se defender, é que vem a parte se valer das inteligentes prerrogativas deferidas pelo processo civil brasileiro para pleitear o deferimento da tutela em caráter antecipatório, protegendo-se diante de potenciais danos que seriam realmente irremediáveis, ostentando, portanto, lograr a suspensão de exigibilidade do crédito tributário até o final da presente contenda.

IV – DO PEDIDO

a) requer a citação da ré na pessoa de seu representante;

b) requer seja deferido o pedido de concessão de tutela antecipada ante o exposto pelos fundamentos já alegados;

c) requer seja julgada procedente a ação e anulado o lançamento, afastada a aplicação da lei reconhecida incidentalmente como inconstitucional, declarada a inexistência de relação obrigacional tributária e a consequente extinção do crédito ora cobrado;

d) requer a produção de todos os meios de prova cabíveis em direito;

e) requer a condenação da ré ao pagamento de todas as verbas sucumbenciais e honorários advocatícios.

Dá-se a causa o valor ________

Nestes Termos,

Pede deferimento.

Advogado ______________, OAB n.º ________

Local _____________, Data ___/___/______

TÍTULO IV

AÇÃO DECLARATÓRIA

CAPÍTULO I

DA AÇÃO DECLARATÓRIA

1. NOÇÕES INICIAIS. DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO SEGUNDO O CPC

A ação declaratória, que tem base positiva no art. 4.º do CPC, é ação ordinária, manuseada sempre que o jurisdicionado almeja o reconhecimento no Poder Judiciário de certa verdade, sendo a declaração de seu interesse para os mais diversos fins e direitos imagináveis. Manuseando a ação em tela e logrando êxito no intento buscado, consegue um documento público, a cópia da sentença transitada em julgado, o qual permitirá provar a verdade que se quer fazer reconhecida, com a força e o revestimento da *coisa julgada*, ou seja, externando que quem afirma ser verdadeira a informação apresentada é o próprio Poder Judiciário.

De acordo com o disposto na redação acostada no texto do art. 4.º do CPC, haveria uma restringibilidade ao cabimento de ações declaratórias, visto que seus dois incisos limitariam o "tipo de verdade" que se poderia almejar ver reconhecida. Assim, caberiam ações declaratórias para fins de:

a) buscar a declaração da existência ou da inexistência de uma relação jurídica;

b) buscar o reconhecimento da autenticidade ou da falsidade de um documento.

Observe-se a transcrição do texto do nosso Estatuto Processual:

Art. 4.º O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

I – da existência ou da inexistência de relação jurídica;

II – *da autenticidade ou falsidade de documento.*

Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.

No Direito Tributário, *habitat* em que é muito comum o manuseio das ações declaratórias, tem

havido profunda boa vontade na interpretação desse dispositivo para que se possam modular as mais diferentes situações fáticas em que se almeja a declaração de certa verdade no Judiciário a uma das hipóteses trabalhadas nos incisos I e II do art. 4.º supratranscrito. Por exemplo: quando se busca a declaração de certa característica de um contribuinte, como sua habitual regularidade fiscal, a qual vem sendo negada pela Administração, para que ele possa, eventualmente, se habilitar em uma licitação, costumamos falar, no Direito Tributário, que é caso de cabimento pelo art. 4.º, II, já que queremos ver reconhecida a falsidade da negatória dada pela Administração, ou, por outro ângulo, a verdade do documento particular que afirma e atesta por essa qualidade. Ainda em exemplos dessa adequação do caso concreto às hipóteses de cabimento de ajuizamento de *ações declaratórias* previstas no CPC: quando o contribuinte quer ver declarado seu direito a uma isenção, ele pode fundamentar a ação tanto no inciso I como no II; usando o inicial dispositivo, ele busca que se reconheça a existência da relação jurídica obrigacional tributária, mas com seu especial efeito de ser acalentada com a dispensa legal do pagamento, advinda da lei isentiva; e se quiser fundamentar a ação declaratória de direito à isenção fiscal no inciso II, busca ver reconhecida a autenticidade de documento que emite atestando seu direito à isenção com base na lei isentiva, que deverá indicar. Por fim, quando quer ver declarado que não pratica fato gerador ou que faz jus à imunidade tributária, fundamenta seu ajuizamento no art. 4.º, I, do CPC, uma vez que o que busca é apenas o reconhecimento de que não existe relação jurídica obrigacional tributária.

1.1. Interesse no direito tributário

Muitas vezes, nas relações tributárias, o que o contribuinte procura é o reconhecimento judicial de um direito, ou de uma característica, ou da ocorrência de certo fato, da realização de determinado feito, enfim, podem ser diversas as intenções do postulante. Entretanto, a ideia nuclear converge para um mesmo vértice, qual seja, o de buscar um provimento afirmativo, com eficácia eminentemente declaratória, reconhecendo-se uma verdade que se buscou ver declarada pelo Poder Judiciário; e dessa verdade se depende para poder exercer certos direitos ou para não se submeter a certas medidas dentro da seara das relações jurídico-fiscais.

Observe-se que no uso da ação declaratória, o autor não busca, *a priori*, litigar contra alguém, impugnar certo ato, condenar certa pessoa. Não. Não é uma ação por meio da qual se almeja um provimento jurisdicional constitutivo (positivo ou negativo) sequer condenatório. Repito: como o próprio nome imputado à ação em comento, pretende-se apenas uma tutela jurisdicional afirmativa. E isso distingue elementarmente a *ação declaratória* das demais modalidades de ações, pois, não obstante, em toda ação se vislumbrar certa carga *declaratória*, visto que em toda ação se declara algo, nas ações declaratórias o que se busca é *apenas* e *essencialmente* uma *declaração*. O provimento principal pretendido é a *declaração*. Diferente de ações constitutivas e condenatórias, em que incidentalmente se declaram verdades, mas o que se busca primordialmente não é a mera declaração, e sim o efeito ora constitutivo, ora condenatório.

Portanto, a *ação declaratória* se revela meio extremamente útil para o cidadão, especialmente para o cidadão "contribuinte", pois em inúmeras situações ele precisa recorrer ao Judiciário para

ver reconhecida a existência de certos direitos ou a realização de certos feitos, afirmações estas que muitas vezes a Administração se recusa a reconhecer. Ajuizando a *declaratória* encontra socorro no Judiciário, e, provando tudo que é necessário para que se reconheça o feito pretendido, logrará êxito e terá a chancela de ser verdadeiro tudo o que afirma, podendo então exercer os direitos que dependem desses reconhecimentos, bem como não se submeter a certos atos e feitos que não se podem imputar quando ocorrem situações como as que ficam judicialmente reconhecidas.

2. AÇÃO DECLARATÓRIA NO DIREITO TRIBUTÁRIO. DAS ORDINÁRIAS SITUAÇÕES EM QUE SE VISLUMBRA SEU AJUIZAMENTO

No Direito Tributário, quatro situações são muito comuns para que se manuseiem as ações meramente declaratórias. São as seguintes:

a) o contribuinte quer ver reconhecido seu direito de gozar de certa isenção;

b) o contribuinte quer ver afirmada a inexistência de relação obrigacional tributária nas condutas que pratica em razão de gozar de imunidade tributária decorrente da Constituição, a qual quer ver reconhecida;

c) o contribuinte quer ver afirmada a inexistência de relação obrigacional tributária nas condutas que pratica em razão de *não praticar fato gerador*, postulando ser declarado que a conduta que pratica não materializa fato típico;

d) o contribuinte quer ver reconhecida certa característica sua, certa qualidade, para que, afirmada essa verdade, possa exercer certo direito que depende de tal reconhecimento.

3. DA LEGITIMIDADE

Legitimado a ajuizar a *ação declaratória*, é o contribuinte que tem interesse direto na informação que se pretende ver afirmada no Poder Judiciário. Ou seja, toda pessoa pode ser um legitimado ativo a ajuizar uma ação declaratória, desde que a verdade que pretende ver reconhecida pelo Estado juiz seja de seu interesse. Normalmente, aceita-se de modo extremamente amplo o jargão de que *qualquer pessoa* pode ser legitimada a ajuizar ações declaratórias, inclusive em matéria tributária. É diferente de ações como a anulatória, ou o mandado de segurança, que, *a priori*, nem toda pessoa é legitimada, e de certas ações constitucionais, em que apenas algumas pessoas podem promover o ajuizamento, como a ADIN, ADC etc. As *ações declaratórias* propiciam a qualquer pessoa seu manuseio, afinal, parte-se da premissa de que a toda pessoa é lícito postular no Judiciário a afirmação de uma verdade sobre a qual tem interesse, especialmente quando depende desse reconhecimento para exercer um direito ou para não se sujeitar a um constrangimento indevido.

Ponto interessante, entretanto, é que nas ações declaratórias a legitimação deve ser analisada de modo intimamente vinculado ao *interesse de agir*. Para que se possa aceitar o cabimento da ação e permitir que ela avance, é necessário provar que existe interesse jurídico no provimento dado pelo Judiciário, na verdade que se busca ver reconhecida. E o interesse, como exposto acima, pode consistir na necessidade de ter esse reconhecimento como condição permissiva para o exercício de um direito, ou então para a não sujeição a uma conduta indevida, e, ainda, para a liberdade de não ter que exercer certa prática. Exemplo: a pessoa pode depender do reconhecimento de certo feito, de certa qualidade, de certa característica, para poder se habilitar em um parcelamento especial, ou em uma licitação, ou para ter autorizado um financiamento (interesse na declaração para fins de exercício de um direito); ou então pode precisar da declaração de que faz jus à isenção ou à imunidade tributária para não se sujeitar a uma tributação indevida (interesse na declaração para não se sujeitar a uma medida equivocada); por fim, ainda, pode precisar da declaração para não precisar cumprir certas obrigações acessórias (precisa da declaração para não ter que praticar certas condutas que não lhe seriam imputáveis).

Portanto, a conclusão a que chegamos é a de que qualquer pessoa tem legitimação para ajuizar ações declaratórias no Direito Tributário, ainda que postulando informações sobre terceiras pessoas, desde que prove que a informação que se pretende ver reconhecida é de seu particular interesse, qualquer que seja o espectro de projeção desse interesse, conforme exemplificado linhas em retro. Do contrário, poderíamos transformar o Poder Judiciário em palco para terapias ocupacionais, onde qualquer pessoa poderia passar seu tempo fazendo consultas intermináveis a respeito de milhares de diferentes fatos sobre os quais pudesse ter curiosidade sem que tivesse um real interesse jurídico. Vale lembrar que não se deve onerar a máquina pública irresponsavelmente, fazendo consultas esdrúxulas sobre fatos e situações nas quais não paira qualquer relação jurídica concreta que lhes envolva ou dos quais seus direitos e interesses dependam; como sempre brinco em sala de aula: quer saber da vida dos outros simplesmente por curiosidade, assista ao Big Brother Brasil.

4. DO OBJETO

O objeto da *ação declaratória* é o provimento meramente afirmativo que se pretende ver dado pelo Poder Judiciário, o qual pode variar pelo seu conteúdo. Mas o *objeto* será sempre essa *certeza*, positiva ou negativa, que resultará ao final do processo.

Tratando-se de uma declaratória que busca o reconhecimento da existência ou inexistência de certa relação jurídica, o *objeto* é esse reconhecimento, positivo ou negativo, da relação questionada – é o que ocorre quando se falam de três das quatro hipóteses apontadas em tópicos anteriores como situações comuns de ajuizamento das ações declaratórias em matéria tributária: a) direito a isenções; b) direito a imunidades; c) não ocorrência de fatos geradores.

Quando a declaratória busca o reconhecimento da verdade ou da falsidade de certo documento, o *objeto* é exatamente essa certeza, a da idoneidade ou não da afirmação decorrente do documento. É o

que ocorre nas hipóteses por nós citadas em que o contribuinte quer ver reconhecida certa qualidade, característica, a prática de certo feito etc.

Portanto, concluímos que o *objeto* das ações declaratórias é exatamente essa afirmação que se quer ver fornecida pelo Poder Judiciário.

5. DO PROCEDIMENTO

A *ação declaratória*, por natureza uma ação de conhecimento, segue o procedimento ordinário, não havendo qualquer previsão especial no CPC nem em leis especiais que altere sua sujeição ao mais elementar dos procedimentos. Portanto, reiterando, segue o procedimento ordinário.

6. DA IMPRESCRITIBILIDADE E INCADUCABILIDADE

É sempre importante frisar que o direito de ver declarada certa verdade no Judiciário não se esgota com o passar do tempo. A mera afirmação de um fato real, de uma verdade, a simples afirmação de um feito, pode ser requerida sempre e a qualquer tempo pelo interessado. É por isso que se afirma sustenta que as *intenções* meramente declaratórias não prescrevem nem caducam. Ao contrário das *potestades*, veiculadas em ações constitutivas, que podem ser mutiladas pela caducidade, bem como das *pretensões*, conduzidas em ações condenatórias, que podem ser alvejadas pela prescrição, as prerrogativas de se postular no Judiciário provimentos meramente afirmativos (*intenções meramente declaratórias*) não sucumbem pelo tempo. Daí asseverarmos não se falar de prescrição nem de decadência em ações meramente declaratórias.

7. DA AÇÃO DECLARATÓRIA E DO MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO

É muito comum indagar se seria cabível a impetração de mandado de segurança preventivo em matéria tributária. Sim, é possível. Respeitados alguns limites, nenhuma incompatibilidade existirá para o ato de impetração do remédio constitucional em comento.

Não é em qualquer hipótese que será cabível a impetração do mandado de segurança preventivo. Há que se ter cuidado para não fazer do mandado de segurança um instrumento para promover controle abstrato de validade de lei; há de se ter a precaução para não fazer do mandado de segurança ferramenta de ataque à lei *em tese*.

É fundamental que, na situação concreta, já esteja materializada a situação que a Fazenda entende ser *fato gerador* da obrigação tributária, ou seja, a conduta que o fisco entende ser merecedora de tributação já deve ter ocorrido. Se assim for, o primeiro passo para caber o mandado de segurança preventivo estará dado. Não basta isso, mas esse primeiro pressuposto é imprescindível, isto é, se a

conduta já aconteceu, e o fisco realmente entende que deve ser tributada, pode-se presumir que haverá em breve o ato administrativo de cobrança; isso porque o lançamento é um procedimento vinculado, obrigatório, e, se a Fazenda já sinaliza no sentido de que a situação é ensejadora do direito/dever de tributar, a presunção é que ela tributará, pois não se trata de ato discricionário, e sim de um procedimento vinculado, que *terá* que acontecer. Logo, pode-se falar que realmente se está diante de uma ameaça concreta de *lesão* ao direito que se reputa ser *líquido e certo.* Sendo assim, tendo ocorrido de fato a referida conduta, pode-se falar que a eventual impetração do mandado de segurança preventivo não é meramente contra uma lei *em tese*, não é apenas para discutir abstratamente a validade da lei; estar-se-á diante de uma situação real em que ato administrativo (de lançamento) que o contribuinte entende ser coator de direito líquido e certo já estará na iminência de se materializar.

Bem, mas, como dito, não basta que já tenha ocorrido a referida situação que a Fazenda entende ser fato tributável para que se possa falar no cabimento da impetração do mandado de segurança preventivo. Para poder abrir mão de ajuizar uma ordinária ação declaratória e optar por impetrar o mandado de segurança, é fundamental que o contribuinte, mais do que discordar do entendimento da Fazenda (de que a conduta enseja direito a tributação), possa provar, documentalmente, que tem direito líquido e certo a não ser tributado. Se conseguir fazer essa prova documental (visto que no mandado de segurança a prova é pré-constituída), aí, sim, poderemos falar no cabimento da impetração preventiva do remédio mandamental.

Por fim, observe-se que, mesmo que não seja viável impetrar o mandado de segurança preventivo, sempre caberá a ação declaratória. Optar pelo remédio heroico é de inegável vantagem, especialmente pela desnecessidade de enfrentar, no desenrolar do processo, uma fase probatória, sem contar a especialidade do rito e a preferência para apreciação e julgamento. Entretanto, frise-se em todo caso, o uso da via mandamental nem sempre será cabível, ao contrário da ordinária, que será eternamente viável.

8. AÇÃO DECLARATÓRIA E LANÇAMENTO

8.1. Do direito-dever de lançar

Consoante toda a exposição já realizada, restou claro que a *ação declaratória,* em matéria tributária, se ajuíza antes da materialização do *lançamento*. Isso, especialmente nas situações em que o contribuinte quer ver declarado em juízo seu direito de não se submeter a certa tributação, a qual se mostra factível de ser realizada. Nessas hipóteses, pode, antecipando-se ao suposto ato de lançamento – o qual se entende que poderá ser praticado –, ajuizar a ação declaratória, sempre com caráter preventivo nessas hipóteses. Nesse cenário, o que se quer abordar é o seguinte: é possível a Fazenda realizar o lançamento se for ajuizada a ação declaratória antes de sua realização? O ajuizamento da declaratória preventiva impediria a realização do lançamento? Conforme veremos, a resposta é a de que o fisco não só pode, como *deve* lançar, em face dos fundamentos que exporemos linhas a seguir. Entretanto, em preliminar, queria apenas destacar que essa questão, que nos tomará

para reflexão nos próximos comentários, restringe-se aos casos em que o ajuizamento da ação declaratória é feito em situações nas quais o contribuinte teme um lançamento, em que ele pode ficar sujeito a uma cobrança de tributo, como bem se frisou acima. Pois nas demais hipóteses em que é cabível ajuizar ação declaratória, buscando-se meras afirmações de fatos, feitos, características, não há que se discutir se cabe ou não o lançamento, pois seriam situações em que sequer se cogitaria de um lançamento. Ou seja, o que quero trabalhar neste tópico com o amigo leitor é o rol de situações em que o contribuinte, temendo ser notificado pela Administração para recolher certo tributo que entende não ter que pagar (qualquer que seja o motivo: porque é isento, imune, porque não pratica o fato gerador etc.), ajuíza preventivamente a ação declaratória. Por lógico que não estou me referindo às situações em que ele pretende apenas ver reconhecida a regularidade fiscal, ou o direito de aderir a certo parcelamento especial, ou o perfil "x" que possa ostentar, para fins de poder se habilitar e procedimento licitatório etc. Nesses casos, não se falaria em lançamento, pois não se estaria cogitando da hipótese de a Fazenda pretender cobrar algo, e sim apenas da busca do reconhecimento de uma verdade. Portanto, caminhemos para o fim específico que motivou a escrita deste tópico. Retorno à pergunta: poderia a Fazenda *lançar* quando já ajuizada a ação declaratória?

Bem, a resposta é que SIM. Ela pode e *deve* lançar. Entendamos.

Quando a ação declaratória é ajuizada, o contribuinte está *pleiteando* que se declare que ele não deve o tributo. Mas o simples fato de a ação ser ajuizada não é suficiente para assegurar que ela vai ser julgada procedente. E se o contribuinte não obtiver o êxito esperado na ação? E se ela for julgada improcedente e o Judiciário entender que o requerente estava errado, que ele realmente devia o tributo? Como ficaria o fisco se fosse declarado vencedor ao final? Teria que lançar, correto? E se essa decisão, porém, vier em um momento tardio, em que já se tenha consumado a decadência do direito de lançar? Vejam, amigos, que o fato de ser ajuizada a ação declaratória não traduz causa suspensiva ou interruptiva do prazo de cinco anos decadenciais de que a Fazenda dispõe para lançar o crédito. E se o fisco não lançar, aguardando o final do processo, pode ser que, quando o mesmo esteja finito, e o direito do fisco de cobrar seja reconhecido, já não haja mais prazo hábil para se proceder ao lançamento, pois pode estar consumada a decadência. Por isso a Fazenda *tem que lançar*, para interromper esse prazo decadencial, salvaguardando seu direito.

Imaginem a seguinte hipótese. Certo contribuinte não vinha recolhendo imposto de renda nos últimos anos por se entender beneficiário de certa isenção concedida por determinada lei federal específica. Ocorre que a Fazenda tem adotado postura de cobrar o imposto das pessoas que se encontram na mesma situação que ele, por entender que a isenção não lhes favorece. Temeroso de receber a cobrança, ele se antecipa e ajuíza preventivamente a ação declaratória. Observe-se que nesse momento ele está postulando o reconhecimento do seu direito à isenção. E se ele tiver errado e realmente não fizer jus ao benefício? Caso o fisco "durma no ponto", decairá do direito de lançar... A cada ano que passar, mais um exercício financeiro pretérito será atingido pela decadência. É por isso que o fisco *tem que lançar*, uma vez que, se ao final do processo for declarado vencedor, julgada improcedente a declaratória preventiva, será inútil essa previsão em relação a diversos créditos, pois já estará caduco o direito potestativo de lançar as dívidas.

8.2. Das consequências do lançamento. Da conversão em "anulatória". Da necessidade de atacar esse lançamento. Da possibilidade da execução

Quando a Fazenda faz o lançamento no curso da ação declaratória, alguns efeitos especiais se materializam, bem como algumas medidas providenciais devem ser tomadas pelo contribuinte, autor da preventiva, para se proteger. Afinal de contas, foi praticado um ato de lançamento, que é ato administrativo com presunção de validade, que goza de fé pública, imperatividade, autoexecutoriedade. Citemos, de início, quais são as principais consequências da materialização do lançamento, e depois comentemos:

a) o contribuinte fica obrigado a atacar esse lançamento, sob pena de, vencido o prazo para pagamento, ficar sujeito à inscrição em dívida ativa e imediato ajuizamento de ação de execução fiscal;

b) o contribuinte deverá vir aos autos requerer deferimento de tutela antecipada para atacar o lançamento e suspender a exigibilidade do crédito, dada pelo lançamento realizado;

c) a ação sobre uma implícita *mutação* passa a valer como se fosse uma *anulatória*; afinal, agora, não basta a *declaração* do direito pleiteado; é fundamental que também se determine a invalidação do lançamento, extinguindo o crédito tributário constituído;

d) o contribuinte precisará que a sentença de procedência ganhe eficácia constitutivo-negativa ("desconstitutiva"), visto que não mais lhe servirá um provimento apenas *declaratório*; o lançamento já foi feito e precisa ser invalidado.

Vejam, amigos leitores, o quanto é importante ter atenção, o quanto o advogado tem que ficar ligado ao fato de a Fazenda realizar o lançamento. O primeiro ponto a ser compreendido é o de que realmente a ação, que até então era uma simples ação declaratória, passa a valer como uma ação *anulatória*. E por quê? Pois, se o fisco lançou essa ação ordinária, cognitiva, que permite alegação de toda e qualquer matéria de fato e de direito, precisa funcionar com um outro propósito, que não mais apenas o de ver afirmado, reconhecido, o direito avocado; agora é preciso anular o lançamento feito, e exatamente sob o manto de ser verdadeiro o que se pretende ver declarado; mas, acima de tudo, agora é imprescindível que se consiga o provimento jurisdicional desconstitutivo. Por isso a ação sofre essa mutação, ela se converte tácita e implicitamente em uma ação verdadeiramente anulatória.

O grande detalhe nessa situação é que a ação inicialmente *declaratória* se transforma em uma anulatória *sem depósito* e sem deferimento de *tutela antecipada*. Por logo, esse lançamento segue inatacado, produzindo seus naturais efeitos, e caso o advogado do contribuinte não se mova para buscar a suspensão da eficácia do ato administrativo, suspendendo a exigibilidade do crédito então constituído, poderá o sujeito passivo da relação tributária ser executado a qualquer momento. E, se assim o for, haverá a conexão da ação ordinária, originariamente *declaratória*, e agora transmudada em *anulatória*, com a execução fiscal ajuizada (legitimamente, frise-se), cabendo ao contribuinte

autor da ordinária e réu na executiva o ônus de *embargar a execução fiscal* para poder continuar a se defender.

É em razão disso que, quando ensino meus alunos a fazerem a *petição inicial* nas ações declaratórias preventivas em situações como essas aqui debatidas, sempre oriento a formularem dois pedidos acessórios ao lado do pedido principal, dentro dos pedidos específicos da ação declaratória. O primeiro desses pedidos acessórios específicos das ações declaratórias é o pedido para se poder conceder tutela antecipada, caso seja feito eventual lançamento no curso da ação. O autor afirma haver inegável fumaça do bom direito, bem como perigo na mora de se aguardar o provimento definitivo ao final do processo, alegando-se que o eventual ajuizamento de execução fiscal concorrente poderá trazer danos irreversíveis. Além desse pedido acessório específico, sempre recomendo que se formalize um segundo, qual seja, o de se atribuir à sentença de procedência o efeito desconstitutivo, para fins de anular o lançamento e extinguir o crédito tributário constituído no curso da ação. Por fim, sempre válido lembrar que o pedido específico principal é o de que se *julgue procedente a ação para fins de declarar a verdade postulada*.

Importante esclarecer, entretanto, que, caso o autor não faça constar na petição inicial originariamente edificada, os pedidos acessórios de *atribuição de eficácia desconstitutiva*, bem como de *deferimento de tutela antecipada*, nada obsta que o faça incidentalmente no curso do processo, após ser formalizado o lançamento. Pode fazer, sem problemas. O que importa é que faça, principalmente, o pedido de deferimento da antecipatória, sob pena de ficar sujeito à execução.

9. DA AÇÃO DECLARATÓRIA COM TUTELA ANTECIPADA ORIGINARIAMENTE PEDIDA EM SITUAÇÕES EMERGENCIAIS DE NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DE CERTAS VERDADES

Pode acontecer, como já visto nas lições acima, que a *ação declaratória* venha a ser ajuizada nas hipóteses em que o contribuinte quer ver reconhecida certa verdade, seja uma qualidade, uma característica, um perfil etc. E pode ser que a necessidade dessa confirmação no Judiciário se revele extremamente urgente, sob pena de um dano irremediável. Ou seja, ocorrem certas situações em que o contribuinte precisa desesperadamente ver atestada a veracidade de certo documento (ou até a sua falsidade), ou da execução de certo feito, ou ainda da titularidade de certas características, e, caso não consiga esse reconhecimento, será cerceado no exercício de certos direitos, na prática de certas condutas, ou, ainda e até mesmo, poderá sofrer punições injustas ou deixar de obter vantagens justas.

Em situações dessa propagação, *não basta conseguir a declaração no Judiciário*. É preciso obtê-la em caráter de emergência. Sendo assim, é fundamental que o advogado do contribuinte postule ao Estado Juiz não *apenas* pela procedência da ação reconhecendo a verdade suscitada, mas que o faça em sede *liminar*. É fundamental, para evitar o prejuízo que pode ser suportado, que o magistrado conceda a declaração em sede de antecipação de tutela, mesmo que saiba que ao final do processo poderá voltar atrás e não manter o provimento. Entretanto, enxergando o real *periculum in mora*, e se convencendo da *fumaça do bom direito* em face do alegado, pode deferir a tutela antecipada para

fins de acolher o pleito do postulante e acalentá-lo diante da desesperadora situação.

Observem o quanto é importante, nesses casos, que o advogado consiga trazer o máximo de provas possíveis da verdade alegada já na própria petição inicial, mediante documentação anexa, uma vez que assim fortalecerá o juízo de convicção do magistrado a respeito do *fumus boni iuris*, propiciando-lhe melhor segurança e conforto para conceder a declaração em sede de antecipação de tutela.

Evidente que deve ser também demonstrado, pelo autor, de forma específica e minuciosa, qual é o dano flagrante que pode se materializar em seu desfavor, caso a declaração não seja dada de modo emergencial, para que então o juiz se convença de que realmente existe o *perigo da mora*. Presentes os dois pressupostos autorizativos do deferimento da tutela de urgência, ficará o julgador convicto de que realmente pode e deve fazê-lo. É só pedir!

10. DA AÇÃO REPETITÓRIA CUMULADA COM DECLARATÓRIA

Questão interessante, sempre abordada nos concursos públicos, que já foi, por exemplo, gabarito de prova na segunda fase de Direito Tributário no Exame da Ordem algumas vezes, é a que envolve o ajuizamento de *Ação de Restituição de Indébito CUMULADA com Declaratória.* Ocorre seu ajuizamento quando a relação jurídica atacada na repetitória, a qual ensejou o pagamento indevido que se pretende recuperar no pleito restitutivo, tem projeção de continuidade, ou seja, se repete, continua acontecendo periodicamente. O feito é muito comum em algumas situações, como, por exemplo, quando temos tributações inconstitucionais com tributos de fatos geradores continuados, ou quando uma pessoa vem sofrendo uma tributação indevida, por ser isenta, e quer ver declarado seu direito à isenção a fim de não mais ser tributada, bem como, ao mesmo tempo, recuperar os valores que pagou ao ser tributada equivocadamente, por não ter sido reconhecido seu direito a isenção. Exemplificarei a seguir para melhor esclarecer aos amigos que não saibam exatamente do que tratamos.

Imaginem que certo Município institua uma Taxa de Serviço flagrantemente inconstitucional, seja porque a base de cálculo é *própria de imposto* (vedado pelo art. 145, § 2.º, CRFB/1988), seja porque o serviço não tem *divisibilidade*, seja lá qual for o motivo. O que importa é que se estará diante de uma lei inconstitucional, não podendo ser feita a exigência tributária. Apesar de tudo, a Fazenda Municipal lança o tributo e o contribuinte paga. No ano seguinte, mais uma vez vem o fisco e cobra de novo. E o contribuinte, leigo (como a grande e imensa maioria), paga novamente. E a cada ano a novela se repete, até que o contribuinte descobre que a tributação é indevida e resolve ajuizar uma ação para defender seus direitos. O que ele quer em uma situação dessas? O primeiro raciocínio que se formula é: o contribuinte quer a condenação da Fazenda a restituir os valores pagos indevidamente. Perfeito. Mas pense: isso não seria suficiente, pois no ano seguinte o fisco cobraria de novo o tributo. Logo, qual tese surgiu? A de que nessa ação repetitória deve o contribuinte pedir que o juiz *declare* indevida a cobrança para fins de *o fisco não mais poder voltar a cobrar o*

tributo. Ou seja, nessa propulsão de pensamento, a acolhida da pretensão repetitória operaria efeito apenas em relação aos pagamentos anteriormente feitos, não tendo eficácia pró-futuro. Para que realmente viesse a cessar a incidência do tributo no futuro é que se buscaria a *declaração* de sua natureza indevida, que, no caso apresentado, seria a *declaração incidental de inconstitucionalidade*. Logo, o contribuinte ajuizaria a ação repetitória cumulada com declaratória.

Muito em particular, entendo ser desnecessária essa formalização do pedido declaratório, bem como a consequente adequação da nomenclatura. Creiam, isso não é imprescindível. Essa ação não deixa de ser uma *ação repetitória*, que é e continuará sendo sua real essência. Tanto que, nos exemplos citados das provas da OAB em que a questão foi trabalhada, o gabarito oficial acolheu duas respostas como corretas: tanto o candidato que ajuizou a *ação declaratória cumulada com repetitória* como aquele que ajuizou apenas a *ação repetitória* tiveram pontuação integral. Por quê? Amigos, pelo motivo óbvio de que em toda sentença existe uma carga declaratória, seja ela uma sentença condenatória (como é a sentença na ação de restituição de indébito), seja ela uma sentença constitutiva (como ocorre nas ações anulatórias), sendo, portanto, desnecessário, um verdadeiro excesso, exigir que se peça essa declaração e que se chame a ação de ação repetitória "cumulada com declaratória". Ora, se a ação repetitória é julgada *procedente*, é evidente que a *causa de decidir* é o reconhecimento de que é indevido o tributo; e, se assim se afirma, o que se está a fazer senão *declarar*, ainda que implicitamente, o caráter indevido (no exemplo da taxa que citei, a inconstitucionalidade) da cobrança? Portanto, se o pedido repetitório (que é o pedido principal) é julgado procedente, é exatamente sob o fundamento de que o tributo é indevido. E, se isso resta declarado, declarado está o direito de não mais ser o contribuinte tributado nas mesmas situações. Daí indago-lhes: poderia a Fazenda proceder a um novo lançamento? Evidente que não! Se ela mesma foi ré no processo, se ela mesma tomou ciência pela decisão judicial transitada em julgado de que a cobrança é infundada, como poderia voltar a praticar um ato que foi declarado judicialmente inconstitucional, e que ela, como autora do ato, foi ré no processo em que tal declaração se afirmou? Como ficariam os princípios da legalidade e da moralidade que regem os atos da Administração Pública? Admitir-se-ia um comportamento nefasto como esse? Claro que a melhor resposta é não, amigos. Por isso sigo a linha de que, se o contribuinte ajuíza a ação repetitória, esclarecendo os fundamentos pelo qual é indevida a tributação, é desnecessário esse excesso de formalismo de exigir que se afirme que ela é *cumulada com pedido declaratório* (e aqui tanto faz chamar de *repetitória cumulada com declaratória* ou *declaratória cumulada com repetitória*).

Entretanto, apesar de toda essa exposição, que nos parece mais do que suficiente para justificar que basta falar em ***ação repetitória***, o que já traria o inegável reconhecimento de que a carga declaratória seria materializada, existe orientação jurídica que sugere o contrário, o que faz com que realmente se ergam vozes que defendam na advocacia corrente que o correto seria ajuizar a ***repetitória cumulada com declaratória*** (ou, vice-versa, falando-se em ***ação declaratória cumulada com repetitória***).

Tal orientação se dá no sentido de que uma ação ajuizada contra a Administração terá sentença que só produzirá efeitos em relação aos feitos atacados, não podendo os efeitos da coisa julgada se

projetar para outras relações futuras. Seguindo essa linha de pensamento, a decisão proferida, favorável ao contribuinte, ainda que acolhendo a tese da inconstitucionalidade da tributação questionada, não impediria que se procedesse a um novo lançamento. Portanto, seria necessário formalizar o pedido de declaração do caráter indevido do tributo e pedir que a sentença tivesse efeitos prospectivos para fins de proibir a reincidência do ato de igual natureza. E, sendo o caso, como foi o exemplo da *taxa inconstitucional* apresentada, pleitear-se-ia a declaração incidental da inconstitucionalidade para fins de afastar a aplicação da lei no caso concreto e nas situações idênticas futuras. Outro argumento para reforçar essa tese de que seria necessário cumular o pedido declaratório, especialmente para afastar lançamentos futuros, se daria em razão de clássica verdade de que "não existe direito adquirido à interpretação", ou seja, "não há direito adquirido à imutabilidade de jurisprudência". E, seguindo essa linha de raciocínio, se não há súmula vinculante proibindo o feito, se não foi afastada a lei por decisão em controle concentrado de constitucionalidade produzindo efeitos *erga omnes,* ou, ainda, em controle difuso com expansão dos efeitos da declaração propiciada pela expedição de uma Resolução do Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal, não se poderia assegurar ao contribuinte a não sujeição a cobranças futuras, mas apenas proteger-lhe quanto ao direito de ver restituído o valor das cobranças já feitas, as quais foram julgadas inconstitucionais. Por isso é que alguns defendem a cumulação de pedidos e a adequação da linguagem no próprio nome da ação.

Um outro exemplo bem comum que pode ser comentado é o das situações em que servidores públicos sofrem retenções indevidas de imposto de renda em seus vencimentos. Imagine-se a situação de um servidor aposentado, que goza de isenção de imposto de renda por ser acometido por doença maligna, como a neoplasia cancerígena. Em razão da grave patologia, foi agraciado com isenção do IR, para que possa usar seus proventos no tratamento de saúde, que não é barato. Mas, para sua infelicidade, a fonte pública pagadora de sua aposentadoria vem debitando normalmente o imposto, retendo-o em seu contracheque todo mês. Indignado, ele apresenta laudo médico oferecido por um especialista em oncologia, provando que tem a referida doença e que ela integra o rol da anomalias previstas na lei de isenções do IR. A Receita Federal, entretanto, recusa o reconhecimento ao benefício, alegando, como de praxe, que ele deve se submeter a uma avaliação feita por médicos ligados ao serviço público federal. Tudo bem, até aí sem problemas, é compreensível, para que se evite a apresentação de laudos fraudados. Realizado o exame pelos médicos públicos, reconhece-se a doença, expedindo-se o devido laudo médico. Portando esse laudo, o contribuinte, então, se habilita na Receita Federal e protocoliza pedido de que se reconheça a isenção, pleiteando que se abstenha a Administração de continuar a reter o imposto de renda sobre seus proventos de aposentadoria. Para sua infelicidade, entretanto, meses e meses se passam e o fisco continua a descontar o imposto, não efetivando o direito do servidor. O que fazer? Observem que dois problemas existem aqui: o primeiro deles, o de fazer ver reconhecida a isenção dentro da Administração Tributária e fazer cessar de imediato a continuidade da retenção; o segundo, o de recuperar os valores que foram descontados indevidamente, no mínimo, desde o período a partir do qual se apresentou administrativamente o laudo oficial dado pelos médicos da União. Como agir processualmente em um caso como esse?

Pensando apenas nas questões *ex nunc*, ou seja, em fazer cessar a retenção do imposto nos próximos meses, o caminho pode ser trilhado por duas formas:

a) ora pelo ajuizamento de *ação declaratória de direito a isenção*, para ver judicialmente afirmado esse direito, cabendo, inegavelmente, o pedido de tutela antecipada, em face da urgência de a cada novo mês que se inicia ser feito novo desconto do imposto e imputada nova violação ao direito do contribuinte;

b) ora pela *impetração de mandado de segurança preventivo*, visto que inegavelmente se configura a prática de ato coator da Administração Pública, em não se abster de reter o imposto, especialmente quando já informada da doença e do pedido de reconhecimento da isenç ão, consagrando ilegalidade e abuso de poder; como a cada mês vindouro renovar-se-á o ato, não há que se cogitar do prazo de caducidade do art. 23 da Lei 12.016/2009, especialmente tratando-se da via preventiva.

Perceba-se que, apenas focando a preservação desse direito de não vir a ser tributado novamente, tanto a ordinária ação declaratória como o uso do mandado de segurança afeiçoar-se-iam como medidas judiciais adequadas. Discussão interessante no sentido de analisar se seria cabível conceder a liminar no mandado de segurança, em face dos limites proibitivos impostos no art. 7.º da Lei 12.016/2009, razão pela qual, caso se entenda pela resposta negativa, a ação declaratória com pedido de tutela antecipada termine por ser uma via mais inteligente, por incrível que pareça.

Entretanto, em casos como esse, não basta defender o servidor pedindo para se reconhecer a isenção e assim obstar a continuidade das retenções indevidas do imposto. Para que se propicie a ele a efetiva e plena proteção de seu direito, é necessário que se consiga recuperar o montante que foi indevidamente descontado, peculiarmente no que diz respeito aos meses em que a Administração Pública já sabia (ou deveria saber) que havia o direito à isenção, ou seja, após a entrega do laudo oficial fornecido pelos médicos do serviço público federal afirmando a existência da doença que a lei isentiva reconhece como atrativa do benefício. Logo, seria de melhor qualidade a advocacia que citasse não apenas a declaração do direito à isenção e o pedido de cessação das retenções, mas sim, e acima de tudo, o pedido cumulado de repetição dos valores descontados indevidamente. Afinal, se alguém é tributado e paga o que não deve, com certeza almeja ver seu dinheiro recuperado.

Em tais situações, é plenamente cabível falar em ação declaratória cumulada com repetitória, ou, e aí tanto faz, chamar de ação repetitória cumulada com declaratória.

Quando se ajuíza a ação chamando-a apenas de "ação repetitória", também não considero errado, aliás, tenho certeza dessa afirmação, desde que, é claro, o advogado faça constar na sua petição o pedido de que se cesse a continuidade da tributação em razão do reconhecimento do direito a isenção. Observe-se que, como afirmado no início deste tópico, é, de fato e de direito, literalmente irrelevante chamar a ação de "declaratória cumulada com repetitória", ou apenas de "repetitória". O que importa é que se peçam as duas coisas. Que se peça a condenação da Fazenda a restituir as verbas que foram pagas indevidamente, bem como parar de cobrá-las nos próximos meses. Sendo

feita a adequada fundamentação, falando-se do direito à isenção como causa central dos pedidos, é evidente que fica implícita a carga declaratória de tal direito, quando a ação é julgada procedente para fins de condenar o fisco a restituir e ordenando-lhe que não mais insista nas cobranças.

Nesse exemplo apresentado, sendo ajuizada a repetitória cumulada com declaratória, parece-nos que o mais perfeito, inclusive, seria pedir a antecipação de tutela, almejando a ordem para que se abstenha o fisco, *in limine*, de continuar a operar a retenção do imposto nos próximos meses, uma vez que flagrantes os requisitos exigidos pelo art. 273 do CPC para propiciar o deferimento da tutela em sede de urgência.

11. DA PETIÇÃO INICIAL NA AÇÃO DECLARATÓRIA

Amigos, quando elaborar a petição inicial, peço a vocês que sigam aquele raciocínio que ensinei anteriormente, conduzindo-os a perceberem que a "peça" deve ser visualizada em três momentos, ou, como digo, em "três partes", a P1, a P2 e a P3. Quais são elas?

A P1, como todos aprenderam, reflete a montagem da "cabeça" dessa moça, chamada "petição inicial". Reflete a soma dos "cinco elementos" essenciais que dão a estrutura da "apresentação" da *petição inicial*. E quais são esses cinco elementos essenciais da P1? O *cumprimento ao magistrado* (1); a *autoapresentação*, ou *qualificação do autor* (2); a *fundamentação legal do ajuizamento* (3); a *identificação da ação*, ou, o "dar nome à peça" (4); e, por fim, a *imputação e qualificação do réu* (5).

Nesses cinco momentos da P1, você (parte autora) deve saudar o juiz correto; deve se apresentar, qualificando-se e falando que existe um advogado assinando a peça, com procuração anexada; deve ainda expor quais são os artigos de lei que permitem ajuizar a ação que você está manuseando; deve indicar qual é essa ação; e, por fim, deve indicar ao magistrado contra quem ela é ajuizada, ou, melhor dizendo, contra quem você pretende opor a tutela jurisdicional almejada, o que significa *qualificar o réu*.

Ainda na P1, vocês aprenderam que o que muda de uma ação para a outra (da declaratória para anulatória, ou para repetitória, ou consignatória etc.) são, em regra, apenas dois pontos: os elementos 3 (fundamentação do ajuizamento) e 4 (identificação/nomeação da peça). Claro, pois cada ação se fundamenta em diferentes dispositivos legais. Ora, nesses termos, sabemos que a ação anulatória tem sede legal no art. 38, parágrafo único, da LEF, porquanto a consignatória em matéria tributária no art. 164 do CTN, a repetitória no art. 165 do mesmo *codex*, e assim por diante. Logo, em cada ação, o E3 da P1 varia, sendo adequado ao rol de artigos que deve ser citado para embasar o ajuizamento de cada uma dessas ações. E, nas ações declaratórias, o que citar no E3 da P1? Simples: utilizam-se dois artigos básicos, e, normalmente, apenas eles, citando-os, já é suficiente para que se angarie a pontuação destinada ao quesito. E quais são eles? Os ***arts. 4.º e 282 do CPC***. O art. 4.º do estatuto processual maior é a sede das ações declaratórias; e o art. 282 é aquele que traz as regras gerais da elaboração de uma petição inicial. Portanto, guarde essa informação: na P1 da sua peça, quando ela é

uma *ação declaratória*, basta que você fundamente seu ajuizamento citando os arts. 4.º e 282 do CPC. A única exceção que se faz aqui é em uma situação de urgência em que se deve pedir deferimento de ***tutela antecipada*** já de início, o que se dá, por exemplo, nas situações ilustradas no *item 9,* acima. Logo, se assim for, será sempre oportuno "alargar" essa fundamentação fazendo referência ao art. 273 do CPC, casa maior das tutelas de urgência no *codex instrumental*. Assim sendo, concluam que fazemos referência apenas a dois artigos do CPC (4.º e 282) ou a três (4.º, 273 e 282). Alguma dificuldade nisso, amigos?

Na nossa P2, aquela que chamo de *"corpo"* da peça, ou, o *"conteúdo"*, aprendemos que devemos edificar três elementos, que são os E1, E2 e E3 da P2, quais sejam; a *descrição DOS FATOS* (E1); a apresentação da tese jurídica relativa ao mérito, que denomino *"Do Direito. Dos Fundamentos Jurídicos do Pedido"* (E2); e, por fim, o E3, que é o próprio *"DO PEDIDO"*. Sabemos que a regra geral é apresentarmos esses três tópicos em basicamente todas as peças, pois é, em regra, necessário narrar ao juiz os fatos que motivaram o ajuizamento da ação, apresentar a tese jurídica que dará sustentabilidade ao pedido que será feito, justificando o bom direito avocado, bem como, por fim, e o mais importante, formular os pedidos adequados. Entretanto, como já comentamos, pode ser necessário incluir algumas preliminares ou quesitos especiais, dependendo de qual seja a ação a ser ajuizada. Nos mandados de segurança, por exemplo, sempre colocamos um tópico especial chamado "das provas", a fim de fazermos a menção de que *"as provas restam pré-constituídas, conforme documentação anexa",* demonstrando ao examinador que sabemos que no mandado de segurança não se pede para fazer provas, devendo estas ser apresentadas documentalmente no próprio ato de impetração. Já na petição inicial de *Embargos à Execução Fiscal* abrimos tópicos extras que se referem à *garantia*, à *tempestividade*, ao *efeito suspensivo,* e assim por diante. E nas *ações declaratórias*, o que fazemos nessa estrutura de três elementos básicos inseridos na P2? Basicamente *nada de diferente*. Normalmente, apenas edificamos o *DOS FATOS* (E1), o *DO DIREITO* (E2) e o *DO PEDIDO* (E3). A única disposição especial que inserimos é a referência à TUTELA ANTECIPADA requerida inicialmente, nos casos já comentados linhas atrás, e, assim, fazemos a inclusão desse quesito, para expormos ao examinador que sabemos que é necessário que haja *perigo de mora* e *fumaça de bom direito* para que então se possa deferir a antecipatória. Logo, abrimos o *Elemento* especial na P2 e nele fazemos referência expressa aos pressupostos legitimadores do deferimento da tutela antecipada. Nesses casos, a petição inicial terá, no seu *conteúdo* (P2), quatro *elementos* estruturantes, quais sejam, o "DOS FATOS" (E1), o "DO DIREITO" (E2), o "DA CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA" (E3), e, por fim, o essencial "DO PEDIDO" (E4).

No *DO PEDIDO*, momento que reputo o *mais importante* da peça, como já aprendemos, existem os PEDIDOS GENÉRICOS (aqueles que pedimos em quase todas as ações, como, por exemplo, a "citação do réu") e os PEDIDOS ESPECÍFICOS, que são aqueles que pedimos em cada ação particularmente, próprios daquela demanda, sendo que esses, os PEs, podem ser divididos em "PEDIDO ESPECÍFICO PRINCIPAL" e "PEDIDOS ESPECÍFICOS ACESSÓRIOS", de certo que o *principal,* não há dúvidas, é sempre o pedido de que se *"julgue procedente a ação para fins de..."*, sendo todos os demais pedidos específicos compreendidos como *acessórios*.

Nas *ações declaratórias,* o autor deverá requerer os três pedidos genéricos clássicos, quais

sejam, aqueles que, em sala de aula, sempre comento com os alunos apelidando de “CRÉU PPP $$$”. Ou seja, deve a parte requerer *a citação do réu (CRÉU)*, a *permissão para produção de provas* (PPP) e ainda a *condenação do réu no pagamento das verbas sucumbenciais e honorários advocatícios* ($$$). Ou seja, esses três pedidos sempre serão formulados na petição inicial da *ação declaratória*. Além desses, os PGs, quais seriam os *pedidos específicos* (PEs)? São três: um, que é o *PE Principal*, e os outros dois compreendidos como *PEs Acessórios*. E são os seguintes: o *pedido específico principal* é aquele que formulamos para pedir a *procedência da ação,* indicando o fim principal dessa procedência. E, sendo assim, na ação declaratória o PE Principal é “requer julgue procedente a presente ação para fins de afirmar a verdade suscitada, declarando...”. Ao lado deste, fazemos dois pedidos *acessórios*, também específicos de ações declaratórias, que são os pedidos voltados para dois efeitos especiais que precisam ser alcançados caso ocorra o feitio do lançamento por parte da Fazenda no curso do processo, conforme já comentado nos itens anteriores. Logo, fazemos os dois pedidos específicos acessórios, que são: *“requer, caso seja feito lançamento no curso da presente demanda, possa reconhecer eficácia desconstitutiva à sentença de procedência, para fins de invalidar o referido procedimento administrativo”* e, ainda, *“requer, caso seja realizado lançamento por parte da autoridade administrativa no curso da presente ação, possa ser deferida tutela antecipada para fins de suspender a exigibilidade gerada pelo referido procedimento e inviabilizar ajuizamento de ação de execução fiscal paralela, já que, além da certeza inconteste do bom direito do autor, existe perigo de dano irreversível para o contribuinte no caso de não ficar suspensa a referida exigibilidade”*.

Formalizados os pedidos, encerra-se a P2 da nossa peça e assim partimos para o *fechamento* da inicial, que codificamos como P3. É a parte mais simples: abre-se um tópico para se atribuir um *valor à causa*, sob o clássico jargão “Dá-se a causa o valor R$______”, e, em seguida, conclui-se, utilizando uma expressão de despedida, que pode ser o tradicional “Nestes termos, pede deferimento”, ou, “Em face do exposto, aguarda provimento”, ou algo parecido. Postada a expressão de despedida, encerra-se a petição inicial fazendo-se referência ao advogado, seu número de inscrição na OAB, posta-se local e data (Advogado __________ / OAB n.º______) (Local/Data).

CAPÍTULO II
MODELOS DE PETIÇÕES INICIAIS

AÇÃO DECLARATÓRIA SIMPLES

P1

(Endereçamento Justiça Estadual)

Excelentíssimo Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... (Fazenda Pública/Civil/Única/Especializada) da Comarca do Município de ... Estado ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF e Identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo, com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante Vossa Excelência, nos termos do art. 282 do CPC e do art. 38, parágrafo único, da Lei 6.830/1980, bem como do art. 151, II, do CTN, combinado com a Súmula 112 do STJ, e, ainda, do art. 156, X, do CTN, ajuizar a presente

AÇÃO DECLARATÓRIA

em face do Município x, pessoa jurídica de direito público interno, endereço e sua respectiva Fazenda Pública Municipal, diante dos fatos e fundamentos a seguir narrados:

P2

I – DOS FATOS

II – DO DIREITO

III – DOS PEDIDOS

a) requer a citação do Réu, na pessoa de seu representante legal, para que possa ingressar no feito e, querendo, se manifeste;

b) pede permissão para a produção de todas as provas permitidas em direito;

c) requer a condenação do Réu ao pagamento das verbas sucumbenciais devidas destacando as custas judiciais e os honorários advocatícios;

d) RJP – requer julgue procedente a ação para declarar a inexistência da relação jurídica obrigacional tributária.

P3

Dá-se à causa o valor de R$ ... (consoante arts. 258 a 261 do CPC)

Termos em que,

Pede Deferimento

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

P1

(Endereçamento Justiça Federal)

Excelentíssimo Sr. Dr. Juiz Federal ... Vara Federal da ... Seção Judiciária de ... do ... Estado de ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF e Identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo, com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante Vossa Excelência, nos termos dos arts. 4.º, 273 e 282 do CPC, bem como do art. 109, I, da CRFB/1988, ajuizar a presente

AÇÃO DECLARATÓRIA
CUMULADA COM TUTELA ANTECIPADA

em face do Município x, pessoa jurídica de direito público interno, endereço e sua respectiva Fazenda Pública Municipal, diante dos fatos e fundamentos a seguir narrados:

P2

I – DOS FATOS

II – DO DIREITO

III – DA TUTELA ANTECIPADA

O autor da presente pede possa Vossa Excelência deferir a tutela jurisdicional pretendida de modo antecipado, já que todos os requisitos necessários para tal provimento restam presentes, conforme exige o art. 273 do CPC.

No que tange à fumaça do bom direito, a mesma se revela presente de modo inequívoco, de sorte que é verossímil o que alega o autor, existe o juízo de probabilidade do deferimento definitivo da tutela ao final, o *fumus boni iuris* está presente, vide fundamentação anteriormente exposta.

No que tange ao *periculum in mora*, também se revela presente de forma transparente, existe risco de ocorrência de dano de difícil e incerta reparação contra o autor da presente, caso a tutela jurisdicional não seja antecipada como se pleiteia, e somente seja concedida ao final, o *periculum in mora* é flagrante.

Sugere o autor reflexão, no sentido de que parece crível aceitar que o deferimento da tutela, no caso presente, não afetaria os interesses da fazenda pública.

IV – DOS PEDIDOS

a) requer a citação do Réu, na pessoa de seu representante legal, para que possa ingressar no feito e, querendo, se manifeste;

b) pede permissão para a produção de todas as provas permitidas em direito;

c) requer a condenação do Réu ao pagamento das verbas sucumbenciais devidas destacando as custas judiciais e os honorários advocatícios;

d) RJP – requer julgue procedente a ação para declarar a inexistência da relação jurídica obrigacional tributária;

e) reafirma o pedido de tutela antecipada nos moldes já esposados anteriormente.

P3

Dá-se à causa o valor de R$ ... (consoante arts. 258 a 261 do CPC)

Termos em que,

Pede Deferimento

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM AÇÃO REPETITÓRIA

Obs.: O modelo de Ação Repetitória cumulada com Ação Anulatória se encontra no capítulo da Ação Anulatória…

O modelo de Ação Repetitória cumulada com Ação Anulatória encontra-se no Título III Capítulo III; e o de Ação Repetitória cumulada com Ação Declaratória encontram-se no Título VIII, Capítulo III.

TREINAMENTO COM RESOLUÇÃO DE QUESTÕES E PEÇAS

QUESTÃO 1

No ano de 2003 foi editada a Lei 'xxx' que concedeu isenção de Imposto de Renda para algumas pessoas jurídicas, condicionando a benesse, entretanto, ao cumprimento de algumas exigências dispostas na própria lei.

O Governo Federal passava a desenvolver certo projeto social ligado ao segmento educacional e com desmembramentos assistenciais, que foi chamado de Programa Delta, e queria contar com apoio dos empresários. Para tanto, estava concedendo o incentivo fiscal, isentando o IRPJ, desde que os particulares que realmente quisessem fazer uso do benefício tomassem as seguintes medidas:

a) se cadastrassem formalmente no Cadastro de Empresários Participantes do Programa Social Delta, em prazo não superior a 30 dias a contar da publicação da lei, devendo tal formalização ser feita na Receita Federal;

b) os cadastrados, para gozarem do benefício, deveriam se manter cumprindo cada um dos requisitos constantes do regulamento expedido para normatizar a lei e para disciplinar os limites do benefício fiscal, ficando sujeitos, no caso do desrespeito a qualquer dos itens, à perda imediata da isenção.

Passados alguns anos sem recolher o IRPJ, considerando-se isenta, a Sociedade Ltda. PB descobre que vários empresários que estavam participando do programa e que vinham gozando do benefício fiscal estão sendo notificados para recolhimento do imposto. Assustada com a notícia, a mesma descobre que está ocorrendo uma divergência de compreensão quanto aos requisitos impostos pelo regulamento normatizador do direito à isenção. Percebe que os contribuintes interpretam as exigências previstas no regulamento de uma forma, e agem dentro dessa linha compreensiva, só que o fisco está dando nova interpretação a tais exigências e, por esse novo caminho hermenêutico, diversas pessoas perderiam o benefício fiscal, como seria inclusive o caso de PB Sociedade Ltda.

Receosa de ser cobrada do imposto, a Sociedade lhe contrata para, como seu advogado, postular de modo preventivo, judicialmente, em nome e interesse dela, sobre a existência ou não do direito à isenção, buscando, por lógico, um caminho argumentativo que viabilize o reconhecimento ao direito de gozar do privilégio fiscal em tela. Ajuíze a ação devida e fundamente seu pedido adequadamente.

RESOLUÇÃO DA QUESTÃO

Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da __ Vara Federal da Seção Judiciária do Estado ___

Sociedade Ltda. PB, portadora de CNPJ n.º ________________, com inscrição n.º ______________ na Junta ___, contrato social anexo, com sede domiciliada na ____ (endereço), vem, por meio de seu advogado, com procuração anexa e endereço para receber intimações na ______________ (endereço do advogado), respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, nos termos dos arts. 4.º, I, e 282 do CPC propor a presente

AÇÃO DECLARATÓRIA
DE DIREITO À ISENÇÃO TRIBUTÁRIA

em face da **FAZENDA PÚBLICA NACIONAL/UNIÃO FEDERAL,** pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos:

I – DOS FATOS

A autora vem deixando de recolher imposto de renda há quatro anos, desde quando foi editada a Lei ‘xxx’, a qual concedeu isenções fiscais a empresários que apoiassem o Programa Social ‘Delta’, devidamente cadastradas, e que praticassem certas condutas exigidas pela lei. A autora procedeu ao cadastro na Receita Federal para gozar da isenção, passou a apoiar o programa social do governo e a cumprir as condutas exigidas pela lei.

Passados alguns anos e sem recolher o IRPJ em face de sua condição de isenta, recebe a informação de que a Receita Federal está cobrando o imposto sobre várias pessoas que, assim como a postulante, praticavam as condutas que a lei exigia se cumprissem. Ocorre que o fisco vem declinando entendimento de que a conduta que vem sendo desenvolvida por alguns empresários, como é o caso da autora da presente ação, não se enquadra no perfil exigido pelo legislador, sendo que a Sociedade interpreta a lei de modo contrário e acredita que a sua conduta se molda às exigências nela especificadas, sendo, portanto, merecedora da isenção.

Temerosa de ser autuada para recolhimento do tributo retroativo aos anos pretéritos, a sociedade empresária autora da presente ação se antecipa e traz a este douto juízo o pedido de reconhecimento do direito à isenção, buscando a declaração da inexistência de direito à exigibilidade de valor relativo a crédito tributário referente a IRPJ por parte da Fazenda Pública Nacional.

II – DO DIREITO. DOS FUNDAMENTOS DO PEDIDO

Concedida a isenção de imposto mediante exigência do cumprimento de certas condições, cabe ao contribuinte provar que se adéqua aos reclames da lei para que então se torne merecedor do gozo do benefício. Provado este, dispensado ficará o contribuinte do pagamento do tributo objeto da isenção.

No caso concreto, a Lei ‘xxx’ concedeu isenção de IRPJ para todos os empresários que apoiassem o Programa Social ‘Delta’ desenvolvido pelo governo federal, desde que devidamente cadastradas formalmente como integrantes do grupo de empresários apoiadores da política pública em comento, e, ainda, desde que se mantivessem cumprindo certos comportamentos exigidos pelo legislador, na própria lei isentiva e no regulamento expedido infralegalmente, para que o benefício se mantivesse utilizável.

O autor fez o devido cadastramento na Receita Federal, conforme comprova mediante documentação anexa. Vem apoiando o programa social do governo, nos termos exigidos pela lei e pelo regulamento, conforme prova documental anexa. Por fim, vem agindo de modo a cumprir todas as exigências feitas pelo legislador para que a isenção continue disponível, o que também comprova documentalmente, conforme anexo.

Nesse viés, entende a parte continuar a ser merecedora do direito de gozar da isenção, razão pela qual não vem recolhendo o imposto em tela, e vale-se desta ação para pleitear o reconhecimento judicial do direito à isenção.

Por assim ser, vem respeitosamente requerer:

III – DO PEDIDO

a) requer seja julgada procedente a presente ação para fins de declarar a inexistência do direito ao crédito tributário por parte da ré, reconhecendo-se o direito à isenção de Imposto de Renda em favor do autor e considerando legítimo o direito de não recolhimento do imposto, para fins de considerar indevido o procedimento de lançamento do credito por parte da Administração Pública;

b) requer que, caso seja feito o lançamento por parte da Fazenda, no curso da presente ação, possa a parte autora pleitear a concessão de tutela antecipada para fins de atacar os efeitos deste eventual lançamento e assim suspender a exigibilidade do crédito tributário nos termos do art. 151, V, do CTN;

c) requer que, caso seja feito o lançamento por parte da Fazenda, no curso da presente ação, possa a sentença de mérito que acolha os pedidos supradispostos receber eficácia desconstitutiva para fins de anular o lançamento feito e considerar extinto o crédito tributário;

d) requer a citação da ré na pessoa de seu representante;

e) requer a permissão para produção de todos os meios de provas admitidos em direito;

f) requer seja condenada a ré, ao final, ao pagamento dos honorários advocatícios e de todas as verbas sucumbenciais devidas.

Dá-se o valor da causa de R$ ________ para todos os efeitos legais.

Termos em que,

Pede deferimento.

_______________, _____ de _____________ de _______

(local e data)

____

Advogado, OAB n.º ______

QUESTÃO 2

Cláudio Fernando mora na cidade de Belo Horizonte, onde tem a propriedade de um pequeno imóvel dentro do centro urbano da capital mineira. Ocorre que ele explora seu bem mediante o desenvolvimento de atividades agrárias, como a agricultura e a apicultura, trazendo para seu imóvel o *status* de *imóvel rural*, conforme define o Estatuto da Terra (Lei 4.504/1964).

Por entender ser seu imóvel um imóvel rural, Cláudio nunca pagou IPTU, apoiando-se no fato de que a Fazenda Municipal belo-horizontina entendia que o imposto a ser cobrado de imóveis como o seu deveria realmente ser o imposto federal, o ITR, não sendo caso de cobrar o IPTU.

Acontece que os jornais passaram a noticiar que o Secretário de Fazenda expediu declaração no sentido de que estava havendo uma mudança de entendimento sobre o tema e que o município de Belo Horizonte estaria passando a cobrar o IPTU sobre tais imóveis, inclusive de modo retroativo.

Preocupado com tal notícia e antes de receber qualquer notificação para recolher o IPTU, Cláudio o contrata como seu advogado, solicitando que se antecipe à cobrança e busque judicialmente, em

seu nome e interesse, a proteção para que ele não fique sujeito ao dever de pagar o eventual IPTU, visto que entende que está equivocado o Secretário de Fazenda e que o imposto devido realmente é o ITR. Como advogado de Cláudio, ajuíze de imediato a ação adequada e exponha os fundamentos que devem ser utilizados para possibilitar que o interesse de seu cliente possa ser acolhido.

RESOLUÇÃO DA QUESTÃO

Elaboração da petição inicial

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO OBRIGACIONAL TRIBUTÁRIA

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da _____ Vara ____ da Comarca _____

Cláudio Fernando, brasileiro, solteiro, portador de carteira de identidade n.º ________, inscrito no CPF de n.º _________, residente na ___________________________ , vem, por meio de seu advogado, infra-assinado e com procuração anexa, com domicílio para receber quaisquer intimações na ____________________________________, respeitosamente, nos termos dos arts. 4.º, I, e 282 do CPC, ajuizar a presente

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO OBRIGACIONAL TRIBUTÁRIA

em face do

MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE/FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL

pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

I – DOS FATOS

O autor da presente é proprietário de pequeno imóvel rural, o único de sua titularidade, o qual explora com sua família desenvolvendo atividades agrárias, como a agricultura de pequeno porte e a apicultura. Ocorre que o referido imóvel fica dentro do perímetro urbano do município. O titular do bem tomou ciência, por meio de notícias veiculadas na imprensa, de que o Município passaria a cobrar IPTU sobre tais imóveis, entendendo que, não obstante fossem estes utilizados para fins agrários, o imposto que deveria incidir seria o IPTU, adotando-se para fins fiscais o critério topográfico consagrado no CTN. Como nunca se sujeitou a pagar IPTU, que certamente é mais caro que o ITR, o pequeno proprietário ajuíza a presente ação declaratória no intuito de ver reconhecida a inexistência de relação jurídica obrigacional tributária com o município, dado que, por ter um imóvel compreendido como *imóvel rural* em razão de sua destinação, não pratica fato gerador da obrigação que seria tributada pelo município.

II – DO DIREITO

Conhecida questão a respeito dos conflitos de competência tributária sempre foi a de identificar a quem caberia o direito de tributar a propriedade imobiliária situada dentro de área urbana, mas explorada com fins rurais, se seria o Município (IPTU) ou a União (ITR). A análise da questão já foi exaustivamente feita no STF, reconhecendo-se ser de direito a cobrança do imposto federal, não cabendo ao município a cobrança do IPTU, vide, por exemplo, julgamento de mérito no **RE 140.773-SP**, bem como no **RE 93.850-MG**.

O enfrentamento da questão perpassa por cuidadoso estudo a respeito do conflito de fontes normativas, e, em especial, sobre o conflito entre *lei complementar x lei ordinária*.

A matéria em foco teve disciplina expressa no Código Tributário Nacional, editado em 1966, como lei ***formalmente*** ordinária, a Lei 5.172/1966, publicada no dia 25 de outubro daquele ano. No art. 29 do referido *codex*, ao se inaugurar o disciplinamento do ITR, ficou disposto expressamente que:

> *Art. 29. O imposto, de competência da União, sobre a propriedade territorial rural tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, como definido na lei civil,* ***localização fora da zona urbana do Município*** **(grifo nosso).**

Conforme se depreende da redação do dispositivo transcrito, claro ficou que o CTN, em seu édito originário, adotou o critério ***topográfico***, afirmando que para que o ITR incida é necessário que o imóvel fique ***fora da zona urbana do município***. Não se fez qualquer referência ao fato de ser o bem utilizado como *imóvel rural* ou não, desconsiderando o legislador o critério da forma de exploração do solo. Reiterando sua intenção e na qualidade de legislador maior tributário, repete tal intento no art. 32, quando disciplinando o IPTU, e confirma sua posição:

> *Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil,* ***localizado na zona urbana do Município*** **(grifo nosso).**

Se a questão se resumisse em seguir apenas o previsto no texto do Código Tributário, claro restaria que o IPTU seria o imposto devido por proprietários de imóveis rurais localizados dentro de área urbana, como é o caso da parte aqui postulante e que, nesses termos, não teria o direito ora alegado. Entretanto, faz-se necessário analisar uma sequência de leis supervenientes que foram editadas regulando a matéria, ponderando-se sobre a possibilidade (ou não) de cada uma delas ter modificado a anterior. E, nesse linear, o que se deixará provado nesta argumentação é que o imposto que incide sobre o imóvel objeto da presente contenda é o ITR, e não o IPTU.

Ao ser publicado em outubro de 1966, o CTN ficou em *vacatio*, só entrando em vigência a partir de 01/01/1967, conforme expressa previsão de seu art. 218. Ocorre que nesse intervalo de tempo foi expedido o ***DL 57/1966***, que promoveu restrição à aplicabilidade do teor normativo do disposto no art. 32 do Código Tributário, passando a determinar em seu art. 15 que o previsto no referido art. 32 do CTN não se aplicaria nos casos em que o imóvel de área urbana fosse explorado com atividades agrárias. Em outras palavras, ainda em sua *vacatio*, o CTN foi alterado pelo DL 57/1966. Não houve revogação expressa de qualquer de seus dispositivos, mas uma lei superveniente passava a dispor de modo contrário sobre tema ali regrado, e a consequência dessa modificação é que nos termos do ***art. 15 do DL 57/1966*** o IPTU não tinha mais permissão de incidência sobre os imóveis de área urbana que fossem alvo de exploração com atividades agrárias, restando como devida a incidência do ITR sobre os mesmos.

Tanto o CTN como o DL 57/1966 foram editados antes da Carta de 1967, logo, a um tempo em que as leis complementares ainda não haviam aparecido no ordenamento constitucional pátrio, o que somente se deu após a referida Constituição. Assim, foram, e sempre serão, os dois diplomas, leis ***formalmente*** ordinárias. Ocorre que após a Carta de 1967 ambas as leis foram recepcionadas como leis ***materialmente*** complementares, como devem ser inclusive consideradas até os dias atuais. Já naquela época, os arts. 18 e 49, II, da CRFB/1967 davam essa certeza – arts. 18, § 1.º, e 46, II, com a redação dada pela EC 01/1969. E tal verdade se confirmou em diferentes lides que mereceram análise pelo **STF**, tendo sido reconhecida a natureza de lei *materialmente* complementar do CTN e do DL 57/1966, chancelando ainda a modificação do critério topográfico escolhido pelo Código Tributário e sentenciado pela aplicação do critério da exploração do solo imposto pelo DL 57/1966 em seu art. 15 como solução para o problema ora enfrentado. Vide leitura atenta do **RE 76.057**, de relatoria do **Min. Xavier de Albuquerque**, bem como do **RE 93.850,** relatado pelo **Min. Moreira Alves.**

Fosse apenas essa a problemática de sucessões legislativas, encerrada estaria a questão, prevalecendo agora a certeza de que o imposto, a incidir sobre imóveis rurais de localização em área urbana, ficariam sujeitos ao ITR, e não ao IPTU. Ocorre que em 1972 foi editada a **Lei 5.868,** publicada no dia 12 de dezembro daquele ano, a qual, no seu art. 6.º, veio promover a modificação do critério de incidência do imposto sobre imóveis situados em área urbana e explorados com atividades agrárias. Tal dispositivo inovava o regramento da matéria e, de certa forma, vinha a resgatar em parte o critério topográfico adotado originariamente pelo CTN. Determinava o citado art. 6.º no seu *caput* que, se o imóvel fosse explorado com atividade agrícola, pecuária, extrativa, vegetal ou agroindustrial ***e tivesse área superior a 1 hectare***, ficaria sujeito ao ITR previsto no art. 29 do CTN, independentemente de sua localização. Mas, no parágrafo único, afirmava que, caso o imóvel não se enquadrasse nas disposições constantes do *caput*, ficaria sujeito ao IPTU do art. 32 do CTN, independentemente de estar localizado em área urbana ou não. Logo, o problema que surgia com a Lei 5.868/1972 era o de saber se a norma do art. 15 do DL 57/1966 estava

ou não atingida pelo art. 6.º da nova lei, visto que pelo diploma anterior todo e qualquer imóvel que fosse explorado com atividades agrárias ficaria sujeito ao ITR, independentemente de sua medida de área, e, já pela Lei 5.868/1972, se o imóvel ***não tivesse área superior a 1 hectare,*** ficaria sujeito ao IPTU. Ou seja, a Lei 5.868 restringia a incidência do ITR em imóveis rurais localizados em área urbana apenas para os imóveis rurais com área superior a um hectare, prevendo que, se a área não alcançasse tal dimensão, o imposto a incidir seria o IPTU. O conflito, portanto, ficou delimitado: após a publicação da Lei 5.868/1972, qual imposto incidiria sobre imóveis rurais com área de até 1 hectare que fossem situados em área urbana? O ITR, nos termos do DL 57/1966, ou o IPTU, conforme a Lei 5.868/1972? E, para agravar a situação, o **art. 12** da Lei 5.868/1972 revogava o art. 15 do DL 57/1966. Seria cabível tal revogação?

Quando novamente instada a se manifestar na questão, acertadamente, vale frisar, se posicionou a Suprema Corte no sentido de que não havia validade no disposto no art. 6.º da Lei de 1972. E, mais adiante, proclamou também a ilegitimidade do art. 12, desconsiderando a revogação por ele declarada quanto ao art. 15 do DL 57/1966.

Decidiu o STF pela manutenção do disposto no art. 15 do DL 57/1966, entendendo que, sendo a Lei 5.868/1972 uma lei ordinária, não poderia alterar o Decreto-lei em comento, o qual já havia sido reconhecido como lei materialmente complementar. Para tal objetivo ser alcançado seria necessária a aprovação de uma lei formal e materialmente complementar, não cabendo a uma lei ordinária modificar a norma de uma lei já aceita como *complementar* na sua substância, a qual disciplinava matérias para as quais a Constituição de 1967 já exigia lei complementar para fins de normatização. Percebeu o STF que haveria um vício de forma na construção da norma disciplinadora do conflito de competência, visto que somente leis complementares seriam aptas a tanto, não podendo jamais ter a Lei ordinária 5.868, editada no ano de 1972, atacado o critério estabelecido pelo DL 57/1966 e, em *ultima ratio*, disciplinado também no CTN. Nesse desiderato, o **STF declarou a inconstitucionalidade do art. 6.º da Lei 5.868/1972**, fazendo o mesmo com o seu art. 12, vide os **RREE** já citados no corpo dessa peça.

Por assim ser, o entendimento prevalecente é no sentido de que a norma que tem validade é a constante do art. 15 do DL 57/1966, e é de acordo com ela que devem ser lidos os arts. 29 e 32 do CTN, conduzindo a uma inegável conclusão de que imóveis explorados com atividades agrárias dentro de centros urbanos não se sujeitam ao IPTU, mas sim ao ITR, e, por assim ser, não pode um município exercer a tributação sobre o bem.

Com base nessa inconteste certeza é que vem a parte requerer a declaração de inexistência de relação obrigacional tributária com o Município, visando proteger seu direito de não ficar sujeita ao dever de recolhimento do IPTU e, por assim ser, formaliza os seguintes pedidos:

III – DO PEDIDO

a) requer seja julgada procedente a ação, declarando-se a inexistência de relação tributária entre o autor e a Fazenda Pública Municipal, reconhecendo-se não ser devido o IPTU por parte de proprietários que possuem imóveis rurais dentro de área urbana, sendo acompanhado o entendimento jurídico fornecido pelo Supremo Tribunal Federal quanto à questão;

b) requer seja citada a ré na pessoa de seu representante;

c) requer permissão para a produção de todos os meios de prova admitidos em direito;

d) requer a condenação da ré ao pagamento das verbas sucumbenciais e honorários advocatícios;

e) requer que, caso seja feito o lançamento por parte da Fazenda Municipal, no curso da presente ação, possa a parte autora pleitear a concessão de tutela antecipada para fins de atacar os efeitos deste eventual lançamento e assim suspender a exigibilidade do crédito tributário nos termos do art. 151, V, do CTN;

f) requer que, caso seja feito o lançamento por parte da Fazenda Municipal, no curso da presente ação, possa a sentença de mérito que acolha os pedidos supradispostos receber eficácia desconstitutiva para fins de anular o lançamento feito e considerar extinto o crédito tributário.

Dá-se causa o valor ____________

Nestes termos, pede deferimento.

Advogado, OAB n.º ________

Local ___________, Data ___/___/______

QUESTÃO 3

Certa Instituição Religiosa Britânica, que desenvolve o culto anglicano, é proprietária de imóvel na cidade de Salvador-BA, utilizado como *cemitério* destinado ao funeral de pessoas integrantes do grupo de fiéis que seguem a referida vertente religiosa, especialmente cidadãos de origem inglesa.

A atividade no imóvel não é explorada com fim lucrativo nem de modo a caracterizar o exercício de *empresa*, havendo, de fato e segundo alegam os participantes do grupo que cultua a citada fé, uma mera extensão da atividade religiosa da Instituição.

Ciente de que a Fazenda Municipal da capital baiana está lançando o IPTU contra as instituições religiosas da cidade que possuem imóveis utilizados como cemitérios, a referida Instituição Anglicana lhe contrata para ser seu advogado e pede-lhe que ajuíze ação para protegê-la e impedir que fique sujeita ao dever de pagamento, caso realmente seja feita eventual cobrança do IPTU. Ajuíze a ação adequada no caso concreto e fundamente corretamente seu pedido, de sorte a defender os interesses de seu cliente.

RESOLUÇÃO DA QUESTÃO

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da _____ Vara de Fazenda Pública _____ da Comarca de Salvador-BA

Instituição Anglicana, portadora de CNPJ n.º __________________, com inscrição n.º _______________ no Registro ___, contrato social anexo, com sede domiciliada na ____ (endereço), vem, por meio de seu advogado, com procuração anexa e endereço para receber intimações na _______________ (endereço do advogado), respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, nos termos dos arts. 4.º, I, e 282 do CPC propor a presente.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO OBRIGACIONAL TRIBUTÁRIA

em face do

MUNICÍPIO DE SALVADOR-BA/FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL

pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

I – DOS FATOS

A autora, Instituição Religiosa, tomou ciência de que o município de Salvador está lançando o IPTU contra os proprietários de imóveis utilizados como cemitérios, inclusive quando o titular do imóvel é um *Templo Religioso*, caso da postulante. Nesse diapasão, intentando não se sujeitar a tal dever de pagamento, posto entender ser merecedora de imunidade tributária decorrente da Constituição da República, visto que tem nesse bem um elemento corpóreo de seu patrimônio totalmente afetado às suas finalidades essenciais, é que vem a juízo requerer a declaração de inexistência de relação obrigacional tributária e o reconhecimento do direito de gozo da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, *b*, e § 4.º, pelos fundamentos de direito a seguir expostos.

II – DO DIREITO. DOS FUNDAMENTOS DO PEDIDO

A requerente é Instituição Religiosa e atua na cidade de Salvador oportunizando aos fiéis seguidores do credo *anglicano* o acesso ao culto e à pregação da palavra que exprime as convicções e a fé de tal segmento religioso. Possui um imóvel que é utilizado para fins de desenvolvimento das missas, ostentando uma capela, a qual, a sua volta, possui um campo não muito grande onde são construídos jazigos que se destinam ao sepultamento de pessoas que faziam parte do grupo seguidor da referida liturgia. Não vende nem aluga tais jazigos a terceiras pessoas que não aquelas que são integrantes do grupo frequentador e seguidor da apontada vertente sacra.

O uso do imóvel em momento algum caracteriza atividade econômica nem se projeta a, por qualquer via, ostentar fins lucrativos em favor da Instituição. Não. A única finalidade do bem é servir aos fiéis seguidores da crença inglesa que se encontram na capital baiana, propiciando-lhes a dupla acessibilidade, tanto aos cultos como ao enterro de seus familiares de acordo com o costume da referida religião. O bem é totalmente envolvido em uso atrelado à atividade religiosa.

A Constituição da República, que deve sempre ser lida e interpretada como um todo unitário, promove o diálogo constitucional entre três artigos diferentes, o art. 5.º, VI, o art. 19, I ,e o art. 150, VI, *b*, os quais, quando lidos sistematicamente, propiciam a certeza de que há uma vocação que alça voo ao patamar de ***dever jurídico*** instituído no nosso ordenamento, qual seja, o de se proteger e de não inviabilizar o acesso aos cultos religiosos por parte dos cidadãos, de não se inibir o oferecimento dos cultos por parte das Instituições Religiosas, devendo-se proteger os locais onde funcionam os templos e garantindo-se a segurança e a *viabilidade* da interação entre aqueles que propõem a propagação da fé (as Instituições) e aqueles que buscam a palavra prolatada no templo para, absorvendo-a, exercerem seu direito fundamental e inviolável de liberdade de manifestação de pensamento e crença, buscando em tal exercício o equilíbrio psíquico e espiritual que conforta a alma e impulsiona o sentimento de paz e felicidade para se viver. Daí a certeza de que proteger o templo não se restringe a proteger apenas o *prédio* onde se prega a palavra de fé, mas *todo o patrimônio vinculado, afetado às finalidades essenciais* da referida Instituição, compreendidas como todas e quaisquer ações nas quais se possa ver um traço substancial de religiosidade, vinculadas ao costume daquela referida crença.

Nesse desiderato é que se tem a certeza de que o imóvel onde é edificada a *capela* na qual se prega o culto, bem como se utiliza parte do solo como cemitério privativo para os fiéis que integram o grupo de seguidores da referida crença, deve ser protegido de qualquer tentativa de ação estatal ou particular que possa inviabilizar sua manutenção. E, em específico, pode-se afirmar a cobrança de impostos por parte do Estado, o que, a toda evidência, é o fato ocorrido e desencadeador de toda a abordagem nesta ação, como uma conduta altamente capaz de dificultar a manutenção do templo, em face de sua dificuldade financeira decorrente de não ser um agente econômico, não agir como empresária e não empreender ações com fins lucrativos.

Para fundamentar o direito de não se sujeitar ao IPTU que poderia ser eventualmente (e, frise-se, equivocadamente) exigido pelo Município, a parte recorre ao art. 150, VI, *b*, da CRFB/1988, que assegura que não incidirão impostos sobre os *templos de qualquer culto*, e, em especial, ao parágrafo quarto do referido artigo, que ensina que a imunização se estende a todo o patrimônio vinculado às finalidades essenciais da Instituição religiosa. Além do mais, o art. 5.º, no seu inciso VI, determina que deve ser assegurada a ***proteção*** aos locais onde se exercem os cultos e suas liturgias. E, sempre frisando, quaisquer que sejam o culto e a linha de convicção religiosa adotada, devem ser aplicadas tais normas de proteção, vide o princípio da *laicidade* que, consagrado no art. 19, I, baliza a liberdade religiosa no nosso Estado de Direito.

A grande questão a se decidir para fins de apurar se existiria ou não o direito de o Município cobrar IPTU sobre o imóvel utilizado como cemitério por Instituição Religiosa é a de se saber o cemitério pode ou não ser considerado como uma extensão do templo e da atividade de fé. No caso concreto, a toda prova resta a inequívoca certeza de que sim.

Não que todo cemitério deva ser entendido como extensão de um templo religioso, até porque notório o conhecimento de que diversos empresários exploram lucrativamente a atividade funerária, alugando, vendendo, administrando jazigos em prol da obtenção de um resultado econômico favorável, o lucro. Logicamente que, em casos como esses, mais do que devida é a tributação do imposto municipal, afinal, não se cogita de uma atividade religiosa, e sim de uma atividade econômica. Por outro lado, quando a atividade desenvolvida dentro do imóvel explorado como cemitério for destinada apenas aos participantes do grupo religioso, sem fins lucrativos, buscando oportunizar o sepultamento dos corpos dos discípulos dessa fé e seus familiares em jazigos conjuntos, respeitando-se assim um costume dos seguidores dessa vertente religiosa, não haveria que se falar em tributação com IPTU, mas sim de respeito à imunidade tributária consagrada no já citado art. 150, VI, *b*, e seu § 4.º da CF.

Por assim ser é que se chega à conclusão de que nem todo cemitério pode e merece ter o benefício fiscal da imunidade

tributária, especialmente aqueles explorados economicamente. Como, entretanto, o caso da presente postulante é distinto, já que seu imóvel é exclusivamente utilizado dentro dos padrões da atividade religiosa, com uma capela onde se prega o culto anglicano e um pequeno terreno em volta onde se enterram os corpos dos fiéis, e com especial preferência para os britânicos e descendentes de ingleses, é que se tem certeza de que não pode incidir o IPTU sobre tal imóvel, abrangido pela incidência da norma constitucional imunizatória.

Por fim, recorde-se que o **Supremo Tribunal Federal** já teve a oportunidade de apreciar a matéria, o que o fez no ano de 2008, no mês de maio, quando do julgamento do **RE 578.562/BA**, relatado pelo **Min. Eros Grau.** Na referida ocasião a Corte decidiu, à unanimidade no Tribunal Pleno, pela aplicação da imunidade tributária exatamente nos termos ora expostos, ou seja, sempre que o imóvel utilizado como cemitério faça parte do patrimônio da instituição religiosa e não seja explorado com fins lucrativos, mas sim como uma extensão do culto, proporcionando o acesso aos jazigos por parte dos fiéis e seus familiares.

Como o imóvel da requerente enquadra-se perfeitamente no perfil definido pelo **STF** como merecedor de imunidade tributária, é que, antecipando-se a qualquer lançamento fiscal formalizado pela Administração Pública, vem a parte requerer seja declarado o direito à imunidade e reconhecida a inexistência de relação obrigacional tributária com o Município. Logo, vem respeitosamente requerer:

IV – DO PEDIDO

a) requer seja julgada procedente a presente ação para fins de declarar a inexistência de relação obrigacional tributária entre a proprietária do imóvel e o Município, reconhecendo-se o direito à imunidade tributária proclamada no art. 150, VI, *b*, e § 4.º, da CRFB/1988, para fins de considerar indevido o procedimento de lançamento do crédito por parte da Administração Pública;

b) requer que, caso seja feito o lançamento por parte da Fazenda, no curso da presente ação, possa a parte autora pleitear a concessão de tutela antecipada para fins de atacar os efeitos deste eventual lançamento e assim suspender a exigibilidade do crédito tributário nos termos do art. 151, V, do CTN;

c) requer que, caso seja feito o lançamento por parte da Fazenda, no curso da presente ação, possa a sentença de mérito que acolha os pedidos supradispostos receber eficácia desconstitutiva para fins de anular o lançamento feito e considerar extinto o crédito tributário;

d) requer a citação da ré na pessoa de seu representante;

e) requer a permissão para produção de todos os meios de provas admitidos em direito;

f) requer seja condenada a ré, ao final, ao pagamento dos honorários advocatícios e de todas as verbas sucumbenciais devidas.

Dá-se o valor da causa de R$ ________ para todos os efeitos legais.

Termos em que,

Pede deferimento.

_______________, ____ de _____________ de ______

(local e data)

____

Advogado, OAB n.º _____

QUESTÃO 4

O Município de Volta Redonda, interior do Estado do Rio de Janeiro, resolveu realizar obra pública no ano de 2008, procurando melhorar a infraestrutura de transportes na cidade. Para tanto, projetou a construção de alguns viadutos que desafogariam o trânsito na cidade. No ano de 2009, antes mesmo de concluir as obras, editou lei instituindo contribuição de melhoria, a qual seria cobrada de certos proprietários de imóveis, que, segundo o Secretário de Fazenda Municipal informou, ficam situados em oito bairros da cidade, todos eles compreendidos como bairros que se beneficiaram com a realização da obra, valorizando-se portanto os imóveis dessa localidade.

Paulo, proprietário de uma casa em um desses bairros, ficou sabendo da aprovação da lei instituidora da contribuição de melhoria, tomando ciência de que em breve ocorrerá o lançamento da cobrança para os proprietários de imóveis da região, dentre os quais se encontra.

Indignado, entende que a cobrança não deve ser feita, alegando que em nada foram valorizados os imóveis, sustentando que, além de a obra não estar conclusa, ela piorou o tráfego na região, causando congestionamentos, o que tem desvalorizado inclusive o mercado imobiliário local. Como medida preventiva, contrata um advogado e pede a ele que ajuíze ação para fins de defender seu interesse de não se sujeitar ao dever de pagar a malfadada contribuição de melhoria, caso seja realmente lançada. Como patrono da causa, ajuíze a ação pertinente e defenda os interesses de seu novo cliente em juízo.

RESOLUÇÃO DA QUESTÃO

Elaboração da petição inicial

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO OBRIGACIONAL TRIBUTÁRIA

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da _____ Vara ____ da Comarca do Município de Volta Redonda-RJ

Paulo José, brasileiro, solteiro, portador de carteira de identidade n.º _______, inscrito no CPF de n.º ________, residente na __________________________ , vem, por meio de seu advogado, infra-assinado e com procuração anexa, com domicílio para receber quaisquer intimações na _________________________________, respeitosamente, nos termos dos arts. 4.º, I, e 282 do CPC, ajuizar a presente

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO OBRIGACIONAL TRIBUTÁRIA

em face do

MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA-RJ/FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL

pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

I – DOS FATOS

Paulo José é proprietário de imóvel na cidade de Volta Redonda, no Estado do Rio de Janeiro, e está receoso de receber cobrança de contribuição de melhoria em razão de obra realizada pelo Município, uma vez que a Câmara de Vereadores aprovou lei instituindo o referido tributo e a Secretaria de Fazenda alegou que alguns bairros da cidade foram beneficiados pela obra, havendo valorização dos imóveis dos proprietários inclusos na área mensurada, dentre eles, o do presente autor. Ocorre que o

mesmo entende que nenhuma melhoria foi propiciada pela obra ao seu imóvel, razão pela qual não poderia ser destinatário da cobrança, que, ao que tudo indica, ocorrerá. Além do mais, não obstante realizada a obra, mesmo que não conclusa, alguns vícios formais se materializaram, os quais impedem a cobrança do tributo, como, por exemplo, a não ocorrência da publicação do edital prévio obrigatório informando os dados sobre a obra e sobre as perspectivas de valorização, o que, a toda evidência, não ocorreu.

Nesse viés é que vem a parte ajuizar a presente e requerer seja declarada a inexistência de relação tributária com o Município, para fins de reconhecer não devida a cobrança de contribuição de melhoria sobre o proprietário do imóvel e autor da presente ação.

II – DO DIREITO. DOS FUNDAMENTOS DO PEDIDO

Para que se cobre contribuição de melhoria de determinado contribuinte é necessário o respeito a uma série de requisitos, entre eles o de propiciar a melhoria de um imóvel em decorrência da realização de uma obra pública, *melhoria* aqui entendida como a ampliação do valor econômico do bem. Não havendo esse resultado concretizado, não se pode cogitar da cobrança do tributo. Registre-se que a obtenção da referida valorização imobiliária é o que se pode entender como o grande nexo de causalidade para a relação obrigacional tributária, o seu *fato gerador*, a conduta sem a qual não se vislumbra qualquer relação tributária do fisco com o particular. Não basta realizar uma obra para se pretender cobrar uma contribuição de melhoria. É preciso que, além de se realizar a obra, se propicie, em razão desta, um ganho de capital para certos particulares, ganho esse traduzido no aumento do valor de seus bens imóveis. Tanto que o próprio nome do tributo é contribuição de ***melhoria***, e não contribuição de ***obra***. Logo, não ocorrida a valorização imobiliária em razão da obra, inviável a pretensão de cobrar o tributo para buscar restitutividade do gasto com a mesma.

O que ocorre no caso concreto é que o Município fez uma obra pública, a qual sequer foi concluída e ***não propiciou valorização dos bens imóveis*** dos proprietários que residem na área citada como zona de influência, o que aconteceu exatamente com o bem do autor. A obra feita pelo município tem causado constrangimento aos moradores, por prejudicar bastante o trânsito e não se ter encerrado no prazo prometido, inexistindo previsão nesse sentido. A grande consequência disso é que os imóveis da região, ao contrário do que cogitou o governo, estão sofrendo desvalorização, havendo inclusive dificuldades de conseguir vender qualquer bem na área que vem sendo atingida pela obra, conforme se comprova mediante apresentação de documentação anexa, externando pesquisa de mercado, laudo de investidores e pareceres de consultores especializados no segmento imobiliário. Dessa forma, não se pode cogitar, em hipótese alguma, de se cobrar uma *contribuição de melhoria* das pessoas que possuem imóveis na região.

Além do mais, ainda que se pudesse contestar a inexistência de valorização imobiliária, mesmo assim estaria comprometido o direito de cobrar a referida espécie de tributo, em face do amplo desrespeito aos requisitos procedimentais obrigatórios que devem ser cumpridos para que se possa exigir o tributo. É dever do Município que pretende cobrar uma contribuição de melhoria, quando realiza obra pública e propicia valorização imobiliária em razão desta, ***publicar edital*** preventivo informando à população sobre a obra a ser realizada, sua estimativa de custo e de duração e sobre a possibilidade de haver valorização nos imóveis inseridos na região próxima e que podem sofrer a sua influência positiva. A publicação obrigatória do referido documento está devidamente positivada no art. 5.º do Decreto-lei 195/1967, que atua como lei materialmente complementar de normas gerais que regem a instituição e a cobrança das contribuições de melhoria.

A finalidade da publicação de tal edital é a de permitir que a população se informe, se programe, conheça a ação pública realizada pelo Estado, tome ciência de que pode ser instituída uma tributação em um futuro próximo, saiba que pode ocorrer uma variação no mercado imobiliário, e, ainda, perceba que durante a realização da obra alguns transtornos podem acontecer no que diz respeito ao deslocamento, à passagem das pessoas pela área onde está sendo realizada a obra. E, mais do que tudo, publicado o edital oportuniza-se a qualquer cidadão interessado o direito de impugnação, de questionamento. Logo, inviável pensar em instituir uma contribuição de melhoria sem que se tenha publicado o edital obrigatório. E, no caso concreto, o que aconteceu foi exatamente isso, ou seja, o Município de Volta Redonda em momento algum expediu tal documento, realizou a obra por sua conta e risco e agora, antes mesmo de concluída, aprovou lei instituindo a contribuição de melhoria e pretende cobrar em breve dos proprietários de imóveis da região.

Pelo fato de ter a inequívoca certeza de que não houve fato gerador, visto nenhuma melhoria imobiliária ter sido propiciada, bem como pela clara verdade de que nenhum edital foi publicado, é que vem o autor postular a esse juízo que declare a inexistência de relação obrigacional tributária da parte para com o fisco, reconhecendo ser indevida a cobrança de contribuição de melhoria, afirmando não ter ocorrido qualquer valorização imobiliária propiciada ao bem de titularidade do autor pela obra realizada pelo

município e ainda em andamento, determinando ser indevida a prática de qualquer lançamento futuro relativamente à situação aqui atacada.

E, por assim ser, vem, respeitosamente, pedir:

III – DO PEDIDO

a) requer seja julgada procedente a ação, declarando-se a inexistência de relação tributária entre o autor e a Fazenda Pública Municipal, reconhecendo-se não ser devida a cobrança de contribuição de melhoria em razão da obra feita, por todos os fundamentos ante expostos, afirmando-se a não ocorrência de melhoria no imóvel do autor, os vícios procedimentais ocorridos que impedem a cobrança do tributo e, ainda, a inidoneidade de qualquer lançamento eventualmente feito;

b) requer seja citada a ré na pessoa de seu representante;

c) requer permissão para a produção de todos os meios de prova admitidos em direito, especialmente as documentais, vide, por exemplo, as que já seguem apresentadas anexas;

d) requer a condenação da ré ao pagamento das verbas sucumbenciais e honorários advocatícios;

e) requer que, caso seja feito o lançamento por parte da Fazenda Municipal, no curso da presente ação, possa a parte autora pleitear a concessão de tutela antecipada para fins de atacar os efeitos deste eventual lançamento e assim suspender a exigibilidade do crédito tributário nos termos do art. 151, V, do CTN;

f) requer que, caso seja feito o lançamento por parte da Fazenda Municipal, no curso da presente ação, possa a sentença de mérito que acolha os pedidos supradispostos receber eficácia desconstitutiva para fins de anular o lançamento feito e considerar extinto o crédito tributário.

Dá-se causa o valor _____________

Nestes termos, pede deferimento.

Advogado _______________, OAB n.º ________

Local ___________, Data ___/___/______

QUESTÃO 5

O Governo Federal vem demonstrando entendimento de que sempre que um empresário contribuinte de IPI, integrante de uma cadeia de fornecedores, na qualidade de distribuidor, adquire a mercadoria de um fabricante isento, ele, distribuidor adquirente, deve se abster de fazer o creditamento do valor relativo ao IPI incidente sobre o fabricante, uma vez que, como ele goza de isenção, não tem o dever de pagar o imposto, motivo pelo qual o fisco federal não recebe qualquer pagamento desse fabricante, sendo consequência disso a vedação ao direito de creditamento na etapa superveniente, ocorrendo assim a proibição de o distribuidor adquirente se creditar no valor relativo ao IPI isento na operação antecedente.

Inconformada com tal entendimento por entender que é inconstitucional, a Sociedade Ltda. PB, distribuidora regional do produto ‘x’, lhe contrata para ser seu advogado, visto que o fabricante do referido produto ‘x’ vem gozando de isenção do imposto federal em estudo já há dois anos, não existindo, inclusive, qualquer previsão de perda da isenção. Por entender que a isenção do fabricante não afetaria seu direito de creditamento, a Sociedade PB vem praticando esse ato, e, nesses 24 meses

em que o fabricante vem sendo isento, jamais deixou a distribuidora de escriturar o crédito do IPI.

Temerosa de que o fisco federal proceda à cobrança do montante correspondente ao imposto, no que tange ao valor que foi creditado nos últimos dois anos e que a receita federal está declarando não ser de direito, pede-lhe que ajuíze ação antes mesmo de qualquer cobrança formalmente feita pelo governo, no intento de antecipar a discussão e buscar o reconhecimento no Poder Judiciário do direito de proceder ao creditamento.

Como patrono da causa, ajuíze a ação competente e defenda os interesses de seu novo cliente, fundamentando seu pedido.

RESOLUÇÃO DA QUESTÃO
elaboração da petição inicial

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO OBRIGACIONAL TRIBUTÁRIA

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da _____ Vara Federal ____ da Seção Judiciária do Estado ______

Sociedade Ltda. PB, portadora de CNPJ n.º __________________, com inscrição n.º _______________ na Junta ___, contrato social anexo, com sede domiciliada na ____ (endereço), vem, por meio de seu advogado, com procuração anexa e endereço para receber intimações na _______________ (endereço do advogado), respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, nos termos dos arts. 4.º, I, e 282 do CPC propor a presente

AÇÃO DECLARATÓRIA FISCAL

em face da

UNIÃO FEDERAL/FAZENDA PÚBLICA NACIONAL

pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

I – DOS FATOS

Sociedade PB Ltda., distribuidora regional de produtos industrializados, vem escriturando créditos relativos ao IPI quando adquire o produto ‘x’ do fabricante do mesmo, sendo que nos últimos 24 meses o fabricante vem gozando de isenção.

Informada de que o governo federal declarou entendimento no sentido de que, quando o fabricante fica isento, o distribuidor não pode se apropriar do crédito, o que, se prevalecer como correto, implicará em grave prejuízo à sociedade, visto que a referida contribuinte vem se apropriando do mesmo, ficou ela temerosa de sofrer notificação para recolhimento de tais valores, os quais, registre-se, entende serem indevidos, discordando da tese da Fazenda Pública.

Antecipando-se a qualquer cobrança formalizada contra si, veio a mesma, por meio desta ação preventiva, buscar o reconhecimento judicial do seu direito ao creditamento do valor relativo ao IPI isento na operação antecedente, pretendendo ver afirmada a idoneidade da apropriação de tais créditos, reconhecendo-se como indevido o eventual lançamento, por parte da Fazenda Nacional, de valores relativos ao que se vem escriturando na aquisição de tais produtos, já que se pauta na inconteste certeza do bom direito, conforme todos os argumentos a seguir descritos e, inclusive, a robusta jurisprudência solidificada nos Tribunais maiores do PAÍS.

II – DO DIREITO. DOS FUNDAMENTOS DO PEDIDO

O direito de creditamento por parte de um fornecedor intermediário de uma cadeia produtiva é uma garantia constitucionalmente assegurada e inerente ao princípio da *não cumulatividade*. Por tal direito, sempre que um agente adquire bens para revendê-los, e fica obrigado a pagar imposto sobre o valor da venda que faz, poderá deduzir do valor da sua prestação tributária os valores que já foram recolhidos anteriormente pelos fornecedores que lhe antecedem na cadeia de consumo. Por esse raciocínio, o valor que já foi pago pelo fornecedor da operação anterior não pode ser cobrado de novo na operação seguinte, razão pela qual se assegura ao contribuinte da operação subsequente o direito de "se apropriar" do valor pago na operação anterior para deduzir esse montante da sua prestação posterior, evitando-se assim que este último vendedor tenha que pagar um valor que já foi pago pelo empresário da operação anterior. Permitir-lhe o creditamento do montante já recolhido para viabilizar-lhe a dedução deste montante do valor que pagará traduz inteligente mecanismo que evita o *bis in idem*, evita a arrecadação ilícita do fisco, efetivando o método que se convencionou chamar de *não cumulatividade*, previsto na nossa Constituição tanto para o IPI (art. 153, § 3.º, II) como para o ICMS (art. 155, § 2.º, I), e, ainda, até mesmo para impostos residuais (art. 154, I).

Observe-se que a técnica da *não cumulatividade* é vital para que se evite a arrecadação excessiva do Estado, uma vez que, na cadeia de consumo, cada intermediário deve pagar o seu imposto proporcionalmente ao valor que agrega, não sendo devido o recolhimento sobre um montante que foi agregado ao preço por outro intermediário; cada um dos agentes que participam do processo de circulação do bem deve pagar a sua parcela do imposto, e, o mais importante, cada um pagando na proporção do que vai agregando ao preço. Nessa linha de pensar, quem agrega mais valor ao preço total do bem, paga mais imposto, sempre proporcionalmente ao montante agregado, da mesma forma que quem agrega menos paga sobre um montante menor, e, logo, paga menos, imperando a justa regra de que cada fornecedor paga o imposto proporcionalmente ao valor por si agregado. Assim sendo, nenhum fornecedor deverá pagar o seu imposto sobre uma base de cálculo que considere um valor que não foi por ele agregado. Ou seja, quando o distribuidor, por exemplo, adquire o produto 'x' do fabricante pelo valor de 300 'y', pressupõe-se que o fabricante já paga o imposto sobre esse montante de 300 'y'. Logo, o distribuidor deverá pagar seu imposto apenas sobre o montante relativo ao excedente a 300 que venha a ser por ele, distribuidor, agregado no preço. Nesse linear, se o distribuidor compra por 300 'y' e revende por 500 'y', o seu imposto deve ser incidente apenas sobre o valor de 200 'y', pois este é o real valor por ele agregado; aliás, nenhum problema restará ao fisco, posto que, bem ou mal, o valor de 500 'y' do bem já foi totalmente tributado, sendo que o fabricante paga o imposto em cima de 300 'y' e o distribuidor paga em cima de 200 'y', havendo arrecadação total em cima de 500 'y', mas sem que jamais cada um dos contribuintes tenha que pagar sobre um montante que não é por ele agregado. Com essa técnica de que o imposto recai apenas sobre a base de cálculo correspondente ao valor agregado evita-se a cumulatividade, visto que não se pagará *de novo* sobre o valor já tributado na operação anterior; assim sendo, o distribuidor não precisa pagar em cima de 500 'y', pois, se dessa forma fosse, estaria pagando sobre os 200 'y' que agregou e mais sobre os 300 'y' que já foram tributados na operação anterior sobre o fabricante, o que, de fato, implicaria uma tributação repetida desses 300 'y', uma tributação cumulativa, completamente indevida e, por isso, proibida.

No Brasil, para evitar a *cumulatividade*, permitindo que cada intermediário pague seu imposto, de fato, apenas sobre o montante que agregou, desenvolveu-se uma técnica chamada de *regime de compensação de débito e crédito*, com a qual se aperfeiçoa o comando constitucional da *não cumulatividade*. Ou seja, explicando-se, quando o fornecedor/contribuinte realiza sua operação, ele gera contra si um débito fiscal, o qual deve ser escriturado para fins de pagamento; esse débito corresponde ao valor que resulta da aplicação da alíquota legal do imposto sobre o valor total de sua operação (que é a base de cálculo); entretanto, esse valor correspondente ao *débito* se encontra após se aplicar a alíquota sobre o valor total da operação e não apenas sobre o valor agregado; daí que é preciso fazer a correção, para reduzir esse montante a pagar e eliminar a tributação sobre o valor já tributado anteriormente; e isso ocorre por meio do direito que esse contribuinte tem de escriturar um *crédito*, correspondente ao valor do imposto já pago nas operações anteriores. Ocorrendo tal *creditamento,* abate-se do *débito* tal montante *creditado* e assim o valor a pagar termina por ser exatamente aquele que se pagaria caso se estivesse tributando apenas o valor agregado, afinal, essa conta se iniciou com uma tributação sobre o valor total da operação de revenda (gerando o débito), mas em seguida se permitiu apropriação do valor já pago anteriormente, a título de *crédito*, abatendo-se o mesmo do *débito*, fazendo-se verdadeira *compensação de débito e crédito*, chegando-se, enfim, ao valor final a ser pago. Exemplificando: quando o fabricante vende o bem ao distribuidor pelo valor de 300 'y' e a alíquota do imposto é de 20%, ele paga o equivalente a 60 'y'. O distribuidor que compra por 300 e revende por 500, agregando 200, terá um débito de 100 'y' (20% x 500 'y') e poderá se apropriar de um crédito de 60 'y' (que foi o montante já pago na operação anterior pelo fabricante, correspondente aos 300 'y' já tributados). Logo, fazendo a compensação do *débito* menos o *crédito*, a conta fica de 100 'y' (*débito*) menos 60 'y' (*crédito*), restando um montante de 40 'y' a ser pago pelo distribuidor, o que, no fundo, equivale aos 20% de alíquota legal sobre o valor agregado por ele, de 200 'y'.

O grande ponto de discórdia, que motiva o presente questionamento, surge quando o Estado opta por isentar a operação anterior. Em vez de isentar toda a cadeia, isenta apenas a operação anterior, em uma isenção setorial dentro da cadeia de

consumo, dispensando do pagamento apenas aquele determinado fornecedor intermediário, e não os demais. No caso em tela, trata-se do fabricante. E o problema surge quando, na operação subsequente, o adquirente do bem, que está comprando do fornecedor isento, pretende utilizar o crédito relativo ao valor que deveria ser pago na operação anterior, mas que, em face à isenção concedida, ficou dispensado. No caso concreto, e utilizando-se o mesmo exemplo acima transcrito, sendo concedida isenção ao fabricante, que vendia o bem por 300 'y' ao distribuidor, ele deveria pagar o valor de 60 'y', mas *foi isento desse pagamento*, não ocorrendo qualquer recolhimento. Quando o distribuidor vende o bem para um lojista, poderá ele, distribuidor, usar o crédito de 60 'y' ou não? Poderá utilizá-lo para abater de seu débito?

Antes da CRFB/1988, o STF, ao tratar da matéria, quanto ao IPI e ao ICMS, entendia que caberia o creditamento na operação superveniente àquela na qual pairou a isenção, exatamente para que o agente da operação superveniente não ficasse obrigado a pagar o valor do imposto isento na operação anterior. Entendia que negar o creditamento significaria repassar o valor isento do contribuinte antecedente para o subsequente, o que não traduziria barateamento da cadeia de consumo, e, logo, a isenção não cumpriria seu papel de diminuir o valor final do bem e assim proteger o mercado quando eventualmente estivesse sendo necessário utilizar a isenção para fins de permitir um melhor preço para o bem vendido aos consumidores. Por esse modo de pensar, o STF via na isenção de IPI ou ICMS um instrumento utilizado para assegurar um melhor preço para o bem, exatamente por retirar parcela desse preço correspondente ao encargo tributário de que estava sendo isento. Nessa mesma linha de reflexão, caso o imposto isento na operação anterior fosse repassado na operação subsequente, nenhum barateamento ocorreria no preço final desse bem, afinal, o valor do qual o fisco estaria abrindo mão na isenção da operação anterior, seria recobrado ao se negar o creditamento na operação posterior.

O STF, portanto, entendia que, se o fisco concedeu isenção, ele tem que arcar com a perda da receita que voluntariamente se dispôs a abrir mão quando optou por dar a isenção; não seria justo recobrar esse valor na operação posterior; além do que, repita-se, não se conseguiria atingir o fim de baratear o preço final do bem, pois nenhum centavo do imposto seria realmente retirado da cadeia, mas apenas estar-se-ia modificando o momento da tributação.

A novidade veio em 1983, quando a EC 23/1983 modificou a Carta de 1967, com a redação já dada pela EC 01/1969, e proibiu, ***para o ICMS,*** o creditamento na operação superveniente. Frise-se: a modificação veio ***apenas para o ICMS e não para o IPI,*** o que também se repetiu na elaboração da Constituição de 1988, em que vigora a proibição de creditamento para o ICMS (art. 155, § 2.º, II), mas não para o IPI.

Quando da elaboração dessa inovação para o ICMS, acolheu-se a tese das Procuradorias Estaduais de que a isenção nas operações antecedentes não tinha por finalidade promover o barateamento da cadeia de consumo, pois, se esse fosse realmente seu objetivo, a isenção não seria dada no início da cadeia, e sim no fim dela, na última operação, quando o lojista que vende o bem direto ao consumidor ficaria isento, não teria que repassar o valor do imposto no preço, realmente barateando a venda final. Alegava-se que, se a isenção é concedida em momento antecedente, é porque a intenção do legislador é outra, qual seja, a de baratear a venda *do fornecedor isento para o seu comprador*, para que este, comprando de quem está isento, pague mais barato, visto que não se incluiria nesse preço o valor do imposto. Dessa forma, o fisco abriria mão de receber o imposto da operação isenta em prol de beneficiar o contribuinte da etapa subsequente, que poderia comprar mais barato, aumentando seu poder aquisitivo e permitindo-lhe comprar mais, aquecendo a cadeia produtiva e incentivando o maior volume de vendas, o que, via de consequência, aumentaria os lucros de todos os participantes da cadeia, já que se compraria e se venderia mais. Entretanto, logo em seguida, quando esse comprador fosse vender, ele teria que pagar o valor do imposto de que ficara isento, repondo ao fisco essa perda. Ou seja, no exemplo narrado linhas atrás, quando o fabricante fosse vender a 300 'y' o bem e recebesse a isenção do pagamento de IPI, que seria de 60 'y', ele poderia vender ao distribuidor por 240 'y', visto que não precisaria repassar os 60 'y' no preço, vide sua isenção. Nessa prospecção, o distribuidor que comprara do fabricante pagaria 60 'y' a menos, mas, ao final, depois de revender para o lojista, pagaria 60 'y' de imposto a mais, uma vez que não poderia fazer o creditamento desses 60 'y'. Negado o creditamento, ele compraria por 240 'y' e revenderia pelos mesmos 500 'y' para o lojista, em nada se barateando o preço do bem. Apesar disso, teria logrado algumas vantagens, pois teria comprado por um preço menor, o que poderia ser interessante e até mesmo necessário em razão de dificuldades de poder aquisitivo. E, assim sendo, o fisco não perderia nenhum centavo. Nesse diapasão, a intenção da isenção não seria a de baratear a cadeia de consumo, mas apenas a de aumentar o poder aquisitivo de um distribuidor, que compraria mais barato, deixando de pagar o imposto recolhido pelo fabricante embutido no preço da venda feita por este e ficando apenas obrigado a pagar esse montante após fazer a sua venda para o lojista.

Essa tese convenceu o parlamento e, para fins de ICMS, passou a valer e prevalece até os dias atuais, vide a já citada EC 23/1983, bem como o atual art. 155, § 2.º, II, da CRFB/1988. Entretanto, como dito, ***apenas para o ICMS*** é que se consagrou a regra da proibição de creditamento por parte dos adquirentes de produtos isentos, ***não se aplicando a mesma vedação para o***

IPI, entendendo-se que a isenção de IPI deverá sempre produzir o feito de *barateamento* da cadeia produtiva e, assim, favorecer os consumidores. Afinal, se o governo federal quisesse apenas prestigiar o fornecedor da operação superveniente, poderia utilizar a técnica da *alíquota zero* sobre o fornecedor da operação antecedente, posto não haveria montante a creditar sendo a alíquota a de "zero por cento", e assim se conseguiria o mesmo resultado que se obtém no sistema das isenções de ICMS com a negativa de creditamento. Logo, se houve ***isenção*** de IPI na operação anterior, conhecendo o governo toda a discussão sobre o tema, e ciente de que a Constituição só veda o creditamento na operação posterior para o ICMS, e não para o IPI, há de se concluir que a intenção do governo só poderia ser mesmo a de baratear a cadeia de consumo, devendo então imperar o direito de escrituração dos créditos pelo contribuinte da operação subsequente, como é o ocorrido em relação ao autor da presente ação. Lembre-se sempre que, se o governo federal quisesse apenas incentivar a compra mais barata pelo distribuidor, não daria isenção de IPI ao fabricante, mas sim utilizaria a alíquota zero, a qual, aliás, pode ser instituída por simples decreto executivo, vide a quebra de legalidade que o art. 153, § 1.º, da CRFB/1988 viabiliza nesse tributo, ao contrário da isenção que depende sempre de lei. Portanto, não há que discutir o direito de creditamento do distribuidor quando adquire produtos isentos do fabricante.

Quanto a tal direito, o **STF**, em algumas oportunidades, já se manifestou no sentido de reconhecê-lo, exatamente pelos mesmos fundamentos ora citados, vide julgamento do **RE 212.484/RS**, bem como do **RE 350.446/PR,** e ainda o **RE-AgR 293.511/RS.**

E, por assim ser verdade, vem a parte autora, respeitosamente, pedir:

III – DO PEDIDO

a) requer seja julgada procedente a ação, declarando-se o direito ao creditamento em favor do autor, no que tange ao montante relativo ao IPI isento na operação antecedente, reconhecendo ser devida a escrituração de tais créditos e ainda a inidoneidade de qualquer lançamento eventualmente feito relativo a tais valores;

b) requer seja citada a ré na pessoa de seu representante;

c) requer permissão para a produção de todos os meios de prova admitidos em direito, especialmente as documentais, vide, por exemplo, as que já seguem apresentadas anexas;

d) requer a condenação da ré ao pagamento das verbas sucumbenciais e honorários advocatícios;

e) requer que, caso seja feito o lançamento por parte da Fazenda Municipal, no curso da presente ação, possa a parte autora pleitear a concessão de tutela antecipada para fins de atacar os efeitos deste eventual lançamento e assim suspender a exigibilidade do crédito tributário nos termos do art. 151, V, do CTN;

f) requer que, caso seja feito o lançamento por parte da Fazenda Municipal, no curso da presente ação, possa a sentença de mérito que acolha os pedidos supradispostos receber eficácia desconstitutiva para fins de anular o lançamento feito e considerar extinto o crédito tributário.

Dá-se causa o valor _____________

Nestes termos, pede deferimento.

Advogado ________________, OAB n.º ________

Local __________, Data ___/___/______

TÍTULO V
AÇÃO CONSIGNATÓRIA

CAPÍTULO I
DA AÇÃO CONSIGNATÓRIA

1. NOÇÕES INICIAIS

A *ação consignatória* revela-se como uma das mais importantes ações manuseadas pelos contribuintes. Reflete a ferramenta jurídica que oportuniza ao devedor efetivar o pagamento de sua dívida judicialmente, em razão de algumas diferentes situações que, quando materializadas, dificultam a realização de tal exercício voluntária e extrajudicialmente. No Direito Tributário tem vasta aplicação, projetando-se quando basicamente duas diferentes situações se edificam, as quais, por certo, causam um constrangimento ao devedor, razão pela qual o ordenamento se manifesta com o propósito de socorrer-lhe, ampará-lo, oportunizando-lhe a ação em comento. Trata-se, como veremos adiante, dos casos de *dificuldades de pagamento provocadas por exigências abusivas do credor*, bem como de situações de *bitributação*, nas quais dois diferentes *"credores"* cobram do devedor uma única dívida, a qual, por certo, só é devida a um deles. Tanto em uma situação quanto na outra, a ação consignatória revela-se como meio capaz de propiciar ao devedor resolver seu problema, promovendo o pagamento por via judicial e libertando-se do débito, almejando a consequente extinção do crédito tributário correspondente.

Por meio de tal remédio, consegue o contribuinte devedor exercer o seu ***direito*** de pagar. É sempre oportuno lembrar que o *pagamento* não é apenas um dever por parte de quem lhe deve, mas é também um *direito*. Exercer a conduta adimplente, pela ordinária e direta via do *pagamento,* significa executar um *direito*, o qual, quando realizado, evita resultados danosos, que são impostos àqueles que faltam em tal propósito. Esclareçamos.

Àqueles que não realizam o *dever* do pagamento, cumprindo com a prestação que lhes é imposta em decorrência do vínculo obrigacional a que se submetem, imputam-se múltiplos efeitos lesivos, de caráter sancionatório e restritivo, como a cominação de penalidades moratórias, eventualmente sancionatórias (multas, cláusulas penais etc.), a inscrição em cadastros de inadimplentes, a sujeição

ao protesto e seus efeitos consequenciais, enfim, inúmeras mazelas passíveis de serem apostas em razão do inadimplemento. Daí que, para não ficar sujeito o devedor a tais dissabores, o ordenamento jurídico acolhe a tese de que *realizar o pagamento* é um *direito* que lhe pertence. E isso significa reconhecer que, se o *pagamento* transcende à esfera de *mero dever de conduta* e adentra no mundo das *titularidades*, não pode ser violado por terceiros. Ou seja, sendo um *direito* do devedor, não pode qualquer outra pessoa, *nem mesmo o credor*, obstar seu exercício. Portanto, quem deve tem o *dever* e ao mesmo tempo o *direito* de pagar, especialmente em face dos comentários acima descritos, buscando assim evitar a sujeição aos diversos efeitos patrimoniais castigadores, bem como aos efeitos morais desconfortáveis. Ser qualificado como devedor moroso, inadimplente, não gera apenas sujeição à imputação de sequelas patrimoniais, mormente quando se fala de uma pessoa honesta, de boa-fé, que, de certo, ostenta o intento de sempre adimplir suas dívidas e não frustrar seus credores. Para tais pessoas, o rótulo de inadimplente gera constrangimento, vergonha, e até mesmo sofrimento.

Dentro de tais perspectivas, fácil concluir que não é dado a quem quer que seja, em razão da privilegiada e confortável posição de *credor* na relação jurídica obrigacional, poder se valer de tal prerrogativa para impor ao devedor a situação do inadimplemento. É defeso ao credor dificultar o pagamento, comprometê-lo, impondo ao devedor que tem o objetivo de pagar uma inviabilidade de tal prática. Dita conduta traduziria o exercício de um "direito" que ao credor não assiste, o que revelaria verdadeira violação a um real direito que o devedor ostenta. Reitero, pagar é, acima de tudo, um direito.

Nesse viés é que surgiu no ordenamento jurídico a ferramenta em estudo, a *ação de consignação em pagamento*, que oportuniza ao devedor, que está sendo vítima de tal conduta indevida por parte do seu credor, a faculdade de, no manuseio da referida ação, conseguir buscar amparo no Poder Judiciário e assim proceder ao pagamento, fazendo-o perante o Estado Juiz, declarando sua intenção de honrar seu compromisso, confessando a dívida e disponibilizando o montante devido em favor de quem faz jus a recebê-lo. Tal procedimento chama-se *consignação do pagamento*. Oferece-se ao credor o montante que corresponde ao valor do seu crédito, por intermédio do aparelho judiciário, que autoriza e homologa tal pagamento, determinando que a verba seja disponibilizada em favor do credor, ao qual assistirá o ônus de levantá-la, especialmente quando feito no correto montante.

A consequência de ser realizado o pagamento judicialmente pela via consignatória, de modo adequado, com a consequente homologação desse procedimento, e sendo julgada procedente a ação, é a extinção do crédito do credor, eliminando o vínculo obrigacional e extirpando o débito do plano *debitoris* do até então devedor. A propósito, assim afirma o Código Tributário Nacional em seus arts. 156, VIII, e 164, reconhecendo ser a *ação consignatória* via própria de extinção do crédito tributário, conforme se observa na transcrição a seguir:

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I – o pagamento;

(...)

__VIII – a consignação em pagamento__, nos termos do disposto no § 2.º do artigo 164;

(...)

Art. 164. A importância de crédito tributário pode ser consignada judicialmente pelo sujeito passivo, nos casos:

I – de recusa de recebimento, ou subordinação deste ao pagamento de outro tributo ou de penalidade, ou ao cumprimento de obrigação acessória;

II – de subordinação do recebimento ao cumprimento de exigências administrativas sem fundamento legal;

III – de exigência, por mais de uma pessoa jurídica de direito público, de tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador.

§ 1.º A consignação só pode versar sobre o crédito que o consignante se propõe pagar.

***§ 2.º Julgada procedente a consignação, o pagamento se reputa efetuado e a importância consignada é convertida em renda;** julgada improcedente a consignação no todo ou em parte, cobra-se o crédito acrescido de juros de mora, sem prejuízo das penalidades cabíveis.*

2. A AÇÃO CONSIGNATÓRIA NO DIREITO TRIBUTÁRIO

2.1. Noções gerais

No Direito Tributário a *ação consignatória* surge como via de socorro aos contribuintes em três diferentes situações, narradas nos três incisos do art. 164 do CTN, supratranscrito. Nos dois primeiros incisos do referido dispositivo as situações que ensejam a consignatória são muito parecidas, e tratam dos casos em que o credor dificulta o pagamento voluntário pelo devedor que, não obstante disposto a pagar, esbarra em exigências feitas pela Fazenda, condicionando o pagamento a certas práticas, o que, por certo, não é correto. Não pode o fisco condicionar o exercício do *direito* de pagamento a qualquer outra conduta, visto que pagar é um direito do contribuinte que não pode ser violado pelo credor, sendo ilegal obstar seu exercício mediante o condicionamento de prática de outras ações.

Ainda que essas práticas possam ser devidas, traduzindo verdadeiros direitos do credor, nem mesmo assim se pode condicionar o exercício do direito de pagar ao cumprimento delas. Deve-se compreender que o pagamento é um direito independente e autônomo, e cabe ao credor recebê-lo, mesmo que possa exigir outros comportamentos do mesmo devedor, os quais devem ser exigidos em apartado, sem jamais condicionar o recebimento do pagamento ao cumprimento dessas outras ações.

Já no inciso III do referido art. 164, o que se tem em tela é a situação de *bitributação*, em que dois diferentes entes federativos passam a cobrar a dívida tributária, tendo ocorrido apenas um fato gerador, ou seja, só há uma dívida e apenas um deles tem verdadeiro direito de proceder à sua cobrança. Nessas situações, o dispositivo citado legitima o uso da *ação consignatória* para que, por meio dela, possa o contribuinte buscar no Judiciário o refúgio preciso, para que assim possa pagar em Juízo, determinando-se, no curso do processo, qual o legítimo credor, extinguindo-se ambas as

cobranças e seus créditos correspondentes.

Portanto, o que se constata é que a *ação consignatória* em matéria tributária se revela como importante meio de defesa dos contribuintes, para que possam por tal via exercer o direito de pagar suas dívidas fiscais nos casos em que estão sendo obstados (art. 164, I e II, do CTN), bem como para que consigam pagar a dívida ao credor correto sem sofrer qualquer constrangimento ou execução fiscal, nos casos de ser refém de uma *bitributação*. Analisemos mais detalhadamente algumas peculiaridades em relação ao art. 164.

2.2. Os casos do art. 164, I e II, do CTN. Dificuldade de conseguir exercer o direito de pagar

O que encontramos no primeiro desses dois incisos do art. 164 é o caso de simples *recusa de recebimento* do pagamento, independentemente de qual seja o motivo alegado pelo credor; o mesmo inciso se refere também aos casos de *subordinação* do pagamento *ao pagamento de outro tributo ou de penalidade*, e ainda cuida dos casos em que o credor subordina o recebimento do pagamento *ao cumprimento de obrigação acessória.* Ou seja, são três situações fáticas que propiciam ao contribuinte ajuizar a ação consignatória e por meio dela escapar dessas *dificuldades* impostas pelo credor, conseguindo pagar sua dívida e se livrar do vínculo obrigacional tributário, extinguindo o crédito correspondente.

No inciso II do art. 164 o legislador autoriza a ação consignatória nos casos de *subordinação do recebimento ao cumprimento de exigências administrativas sem fundamento legal*. Ou seja, sempre que certa autoridade administrativa exigir o cumprimento de uma obrigação acessória não prevista na legislação como condição para que se faça o pagamento da dívida, por lógico que o ordenamento jurídico tem que acolher o contribuinte para que seja viável pagar judicialmente, afinal, ninguém pode ser obrigado a cumprir um procedimento sem fundamentação legal, sequer ser obstado de exercer um direito (pagar) pelo fato de não estar cumprindo um procedimento *indevido*.

A bem da verdade, não seria necessário elaborar esse inciso II, pois o inciso II já trata do cabimento da consignatória nos casos de se estar exigindo o cumprimento de uma obrigação acessória. Ora, seja obrigação acessória autorizada na legislação ou não, jamais se pode condicionar o exercício do direito do pagamento ao cumprimento do procedimento. Logo, bastava o legislador ter escrito que cabe a consignatória nos casos em que se exige o cumprimento de certa obrigação acessória, devida ou indevida. Desnecessário o emprego do inciso II.

Portanto, as situações elencadas no art. 164, I e II, para autorizarem o uso da ação consignatória pelo contribuinte são os casos de:

- recusa de recebimento (qualquer que seja o motivo);
- subordinação ao pagamento de outro tributo ou penalidade;
- subordinação ao cumprimento de obrigação acessória prevista na legislação tributária;

- subordinação ao cumprimento de obrigação sem fundamentação legal.

De todas essas possíveis situações, a mais comumente testemunhável na práxis fiscal é a da cobrança *casada* de dívidas tributárias, quando então a Administração exige do contribuinte dois ou três tributos de uma só vez e condiciona a quitação ao pagamento de todos juntos. É natural se deparar com essa hipótese, por exemplo, quando se analisa a tributação praticada pelos Municípios, em que muitos deles cobram o IPTU, a Taxa de Lixo e a Contribuição de Iluminação Pública juntos em um único boleto e com uma quitação universal. Tal prática é extremamente abusiva, pois exige do contribuinte que pague todas as dívidas de uma só vez sob pena de não conseguir pagar nenhuma. Entre outras mazelas, a conduta fere o direito ao contraditório, visto que, se o contribuinte quiser pagar apenas uma das dívidas e questionar as demais, não conseguirá, pois o pagamento fica condicionado a que se paguem todas as dívidas de uma só vez. Se, por exemplo, uma dessas cobranças for indevida, por qualquer motivo, até mesmo pela inconstitucionalidade da lei que autoriza a tributação, o administrado não conseguirá pagar apenas a dívida que entende devida e questionar a que julga inadequada, pois, para pagar a dívida correta, terá que pagar todas as demais. E o mais triste é que, na prática, as pessoas terminam pagando tudo, abdicando do exercício do contraditório, em face do desgaste que é brigar em Juízo contra a dívida infundada. Para evitar os dissabores e as delongas da lide, terminam pagando todas as dívidas, especialmente para não ficar em mora naquelas cobranças que são realmente devidas. Tal procedimento atropela as garantias do devido processo legal e do contraditório, ou, no mínimo, as relativiza bastante, desafiando o uso da *consignatória* que surge como remédio eficiente, podendo o contribuinte pagar consignado a dívida que reputa devida e não adimplir as demais, recebendo *quitação judicial* de seu pagamento *consignado*, cabendo ao fisco executar as demais cobranças, podendo o administrado se defender pela via dos embargos ou até mesmo aduzindo exceção de pré-executividade, se for o caso, sem necessariamente ter que pagar aquilo que julga incorreto.

2.3. Os casos do art.164, III, do CTN. Bitributação

No art. 164, III, do CTN, o que se tem é a situação em que o contribuinte recebe duas ou mais cobranças, promovidas por diferentes entes da federação, quando na verdade só praticou um fato gerador, só tem uma dívida, deve a apenas uma dessas Fazendas, mas está sendo equivocadamente tributado de forma plural. Em tais situações a *ação consignatória* se revela meio útil e eficaz para que o sujeito passivo da relação tributária pague ao credor que realmente deve e consiga a invalidação da cobrança equivocada. É situação, infelizmente, comum nas relações tributárias surgidas em razão de prestações de serviço (ISS ou ICMS), em que muitas vezes o prestador tem domicílio em certa cidade e executa o serviço em outra, e, não raro, ocorre a dupla tributação, dado que os dois Municípios lançam a dívida cobrando o valor do imposto do contribuinte, quando na verdade só houve um serviço prestado e deve ser paga apenas uma prestação fiscal. Ocorre também a bitributação quando o serviço é tributado pelo Município e pelo Estado, entendendo este ser caso de incidência do ICMS enquanto sustenta a municipalidade lhe ser direito cobrar o ISS. A situação

também se revela possível em situações que envolvem o IPTU e o ITR, quando certa pessoa possui imóvel em área urbana, mas é explorado com atividades agrárias, sendo qualificado como imóvel rural. Surge a dúvida e alguns Municípios cobram IPTU, e a União cobra o ITR, que, inclusive, é o imposto corretamente devido em tais casos.

Sempre que ocorrer a dupla tributação, qualquer que seja o caso concreto, a *ação consignatória* será via idônea para o contribuinte conseguir realizar seu intento de pagar a dívida sem precisar discutir ambas as cobranças, não se sujeitando a ser executado por qualquer dos entres tributantes, ajuizando a ação e requerendo a citação de ambos os entes como litisconsortes passivos, cabendo a eles defender sua cobrança e tentar provar ser merecedor do montante depositado pelo contribuinte autor consignante.

2.4. Do objeto. Do procedimento e da base legal

O art. 164 do CTN fundamenta o uso da ação consignatória em matéria tributária, vislumbrando a extinção do crédito, nos termos do art. 156, VIII, do mesmo diploma. O pagamento pela via judicial da consignação é instituto disciplinado no direito privado, tendo o Código Civil dedicado um rol de dispositivos específicos para disciplinar o tema. Vide seus arts. 334 a 345.

O ***objeto*** da *ação consignatória* em matéria tributária é o *pagamento do crédito tributário* exigido pelo fisco e que *se pretende pagar*, sendo este dimensionado com exatidão na quantificação de seu montante.

O ajuizamento da ação obedecerá o disposto no Código de Processo Civil, arts. 890 a 900. São onze artigos que edificam procedimento especial de jurisdição contenciosa, o qual deverá ser observado nas consignatórias tributárias. Não há lei específica que determine traços de especialidade para a *consignatória* em matéria tributária, devendo então ser respeitado e seguido o disposto no *Codex* geral processual. No ano de 1994 o referido procedimento especial passou por algumas modificações, introduzidas no Código por via da Lei 8.951/1994, com o propósito de dar mais eficiência à medida em tela, corrigindo algumas falhas que vinham sendo criticadas na doutrina em face do surgimento de problemas de ordem prática, prejudicando o devedor, o credor e a própria máquina pública.

Para fins de propiciar ao nosso leitor a comodidade de encontrar aqui mesmo o disposto nos citados artigos do Código de Processo Civil é que transcrevemos seu inteiro teor, com o cuidado de citar ainda o texto originário antes da reforma incrementada pela citada Lei 8.951/1994. Constate-se:

CPC

LIVRO IV
DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

TÍTULO I
DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DE JURISDIÇÃO CONTENCIOSA

CAPÍTULO I
DA AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

Art. 890. *Nos casos previstos em lei, poderá o devedor ou terceiro requerer, com efeito de pagamento, a consignação da quantia ou da coisa devida.*

§ 1.º *Tratando-se de obrigação em dinheiro, poderá o devedor ou terceiro optar pelo depósito da quantia devida, em estabelecimento bancário, oficial onde houver, situado no lugar do pagamento, em conta com correção monetária, cientificando-se o credor por carta com aviso de recepção, assinado o prazo de 10 (dez) dias para a manifestação de recusa. (Incluído pela Lei n.º 8.951, de 13.12.1994.)*

§ 2.º *Decorrido o prazo referido no parágrafo anterior, sem a manifestação de recusa, reputar-se-á o devedor liberado da obrigação, ficando à disposição do credor a quantia depositada. (Incluído pela Lei n,º 8.951, de 13.12.1994.)*

§ 3.º *Ocorrendo a recusa, manifestada por escrito ao estabelecimento bancário, o devedor ou terceiro poderá propor, dentro de 30 (trinta) dias, a ação de consignação, instruindo a inicial com a prova do depósito e da recusa. (Incluído pela Lei n.º 8.951, de 13.12.1994.)*

§ 4.º *Não proposta a ação no prazo do parágrafo anterior, ficará sem efeito o depósito, podendo levantá-lo o depositante. (Incluído pela Lei n.º 8.951, de 13.12.1994.)*

Art. 891. *Requerer-se-á a consignação no lugar do pagamento, cessando para o devedor, tanto que se efetue o depósito, os juros e os riscos, salvo se for julgada improcedente.*

Parágrafo único. *Quando a coisa devida for corpo que deva ser entregue no lugar em que está, poderá o devedor requerer a consignação no foro em que ela se encontra.*

Art. 892. *Tratando-se de prestações periódicas, uma vez consignada a primeira, pode o devedor continuar a consignar, no mesmo processo e sem mais formalidades, as que se forem vencendo, desde que os depósitos sejam efetuados até 5 (cinco) dias, contados da data do vencimento.*

Art. 893. *O autor, na petição inicial, requererá: (Redação dada pela Lei n.º 8.951, de 13.12.1994.)*

I – *o depósito da quantia ou da coisa devida, a ser efetivado no prazo de 5 (cinco) dias contados do deferimento, ressalvada a hipótese do § 3.º do art. 890; (Incluído pela Lei n.º 8.951, de 13.12.1994.)*

II – *a citação do réu para levantar o depósito ou oferecer resposta. (Incluído pela Lei n.º 8.951, de 13.12.1994.)*

Art. 894. *Se o objeto da prestação for coisa indeterminada e a escolha couber ao credor, será este citado para exercer o direito dentro de 5 (cinco) dias, se outro prazo não constar de lei ou do contrato, ou para aceitar que o devedor o faça, devendo o juiz, ao despachar a petição inicial, fixar lugar, dia e hora em que se fará a entrega, sob pena de depósito.*

Art. 895. *Se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o pagamento, o autor requererá o depósito e a citação dos que o disputam para provarem o seu direito.*

Art. 896. *Na contestação, o réu poderá alegar que: (Redação dada pela Lei n.º 8.951, de 13.12.1994.)*

I – *não houve recusa ou mora em receber a quantia ou coisa devida;*

II – *foi justa a recusa;*

III – *o depósito não se efetuou no prazo ou no lugar do pagamento;*

IV – *o depósito não é integral.*

Parágrafo único. *No caso do inciso IV, a alegação será admissível se o réu indicar o montante que entende devido. (Incluído pela Lei n.º 8.951, de 13.12.1994.)*

Art. 897. *Não oferecida a contestação, e ocorrentes os efeitos da revelia, o juiz julgará procedente o pedido, declarará extinta a obrigação e condenará o réu nas custas e honorários advocatícios. (Redação dada pela Lei n.º 8.951, de 13.12.1994.)*

Parágrafo único. *Proceder-se-á do mesmo modo se o credor receber e der quitação.*

Art. 898. *Quando a consignação se fundar em dúvida sobre quem deva legitimamente receber, não comparecendo nenhum pretendente, converter-se-á o depósito em arrecadação de bens de ausentes; comparecendo apenas um, o juiz decidirá de plano; comparecendo mais de um, o juiz declarará efetuado o depósito e extinta a obrigação, continuando o processo a correr unicamente entre os credores; caso em que se observará o procedimento ordinário.*

Art. 899. *Quando na contestação o réu alegar que o depósito não é integral, é lícito ao autor completá-lo, dentro em 10 (dez) dias, salvo se corresponder a prestação, cujo inadimplemento acarrete a rescisão do contrato.*

§ 1.º *Alegada a insuficiência do depósito, poderá o réu levantar, desde logo, a quantia ou a coisa depositada, com a consequente liberação parcial do autor, prosseguindo o processo quanto à parcela controvertida. (Incluído pela Lei n.º 8.951, de 13.12.1994.)*

§ 2.º *A sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinará, sempre que possível, o montante devido, e, neste caso, valerá como título executivo, facultado ao credor promover-lhe a execução nos mesmos autos. (Incluído pela Lei n.º 8.951, de 13.12.1994.)*

Art. 900. *Aplica-se o procedimento estabelecido neste Capítulo, no que couber, ao resgate do aforamento. (Redação dada pela Lei n.º 5.925, de 1.º.10.1973.)*

2.5. Da legitimação

Nos termos da lei, qualquer pessoa pode ajuizar uma *ação consignatória*, bastando provar que tem interesse no adimplemento de uma dívida. Assim dispõe o artigo inaugural com o qual o CPC trata do procedimento consignatório, que é o art. 890: *"nos casos previstos em lei, poderá* ***o devedor ou terceiro*** *requerer, com efeito de pagamento, a consignação da quantia ou da coisa devida".*

O primeiro ponto importante a ser observado é que não é apenas *o devedor* o legitimado a exercer o procedimento, ainda que seja ele o natural e ordinário interessado. A lei expressamente autoriza *o terceiro* a fazê-lo. A questão é delicada e desafia uma série de desmembramentos no raciocínio quando se pretende avançar na ideia de aceitar que terceiros que não sejam as pessoas de quem o fisco pretende cobrar busquem ajuizar uma ação consignatória pagando judicialmente dívida alheia.

Válido ponderar a respeito da opinião que defende que, *a priori*, qualquer pessoa pode consignar pagamento de dívida tributária alheia, entendimento este edificado sob o cânone de que existe um interesse coletivo no adimplemento das prestações tributárias. O pagamento de dívidas tributárias significa a entrada de recursos *devidos* nos cofres públicos, o que faria crer que, independentemente de quem quer que seja, *pagar* uma dívida tributária é algo de interesse coletivo, é conduta que propicia a entrada de recursos financeiros (*devidos*) nos cofres estatais, e, por assim ser, não se deveria inibir tal possibilidade, devendo qualquer questão de caráter privado, de interesse pessoal do principal devedor, sucumbir em face do interesse coletivo em ver as dívidas tributárias adimplidas.

Em contrário, argumento de também considerável relevo: quando alguém paga dívida alheia sem a concordância ou autorização do real devedor, promove a *extinção* do crédito tributário, extingue a obrigação, faz *ato jurídico perfeito*. Assim sendo, elimina qualquer possibilidade de exercício de contraditório diante do lançamento praticado, retirando a prerrogativa de o verdadeiro devedor, a pessoa contra quem se promoveu o lançamento e que integrava o polo passivo da relação material tributária, questionar e buscar a invalidação da cobrança. Questionável a aceitabilidade de tal situação, ainda que se possa sempre alegar o interesse público em ver adimplida a dívida, bem como o não prejuízo ao real devedor, uma vez que a dívida foi paga sem ônus para ele. E é aí que surgem duas grandes questões, que instigam acalorado debate. Analisemos.

Primeiro: se a dívida for ilegal, ou inconstitucional, quem teria legitimação para ajuizar a ação de restituição? Segundo: o terceiro que pagou poderia se sub-rogar nos direitos do credor para regressivamente cobrar do devedor, que sequer teve direito de contraditório contra a cobrança feita, e que, a depender do caso, pode nem sequer ter sido consultado?

No caso da primeira pergunta, deve prevalecer o entendimento de que o real devedor não poderá ajuizar a *actio repetitória*, pois não tem interesse de agir, visto que não foi a pessoa que pagou; já quanto ao terceiro que pagou, duas posições são passíveis de sustentação: em favor da sua legitimidade para a restitutiva, o fundamento de que, se ele não puder ser ressarcido, prevalecerá o enriquecimento ilícito do Estado; contra sua permissão de ajuizamento da repetitória, a argumentação utilizada pelas Procuradorias, no sentido de que o terceiro não é legitimado, pois não integrava a relação material, não foi destinatário de qualquer cobrança pela Fazenda Pública, logo, se pagou como terceiro, pagou por sua conta e risco, não podendo pretender pedir a restituição sob o fundamento de ser *indevida a cobrança*, pois, caso pudesse abrir debate a respeito da validade da cobrança para poder então provar o merecimento da restituição, estaria tendo, via reflexa, o direito de questionar a validade do lançamento, procedimento administrativo que não foi praticado contra si. Se o direito de pleitear a restituição prevalecesse em favor do terceiro que consigna pagamento de dívida alheia, seria o mesmo que, via oblíqua, estar reconhecendo a possibilidade de um terceiro ajuizar uma ação anulatória contra lançamento que não foi feito contra si próprio. Com todo o respeito ao debate, não é a tese que deve prevalecer.

Cremos que até se pode aceitar o ajuizamento da ação de consignação por terceiro, especialmente em face da expressa referência feita no citado art. 890 do CPC. Deve prevalecer o interesse público em ver adimplida a dívida tributária, independentemente das possíveis alegações de interesse particular do real devedor em não sofrer a *intromissão* de terceiro na *sua* relação tributária. Entretanto, esse terceiro que pagar, pagará *por sua conta e risco,* não podendo depois pretender questionar a idoneidade da cobrança, pois, assim como não teria legitimação para ajuizar ações anulatórias ou interpor simples recursos administrativos contra o lançamento, não pode pretender manusear eventuais ações de restituição de indébito, pois, para provar ser devida a restituição teria que questionar a validade do lançamento, abrindo-se contraditório diante de um ato que não lhe atacou.

Por fim, no que tange ao fato de a consignatória ser ajuizada por terceiro, *não pode em hipótese alguma* haver direito de regresso contra o real devedor. O terceiro que paga consignado dívida alheia deve ser considerado um *terceiro não interessado,* sem direito de sub-rogação oponível ao real devedor. O fisco não lhe cobrou nada, ele não foi chamado ao pagamento nem estava obrigado a fazê-lo, logo, se paga, paga em interesse próprio, ainda que em nome alheio. Do contrário, e apenas a nível de exemplo do desconforto jurídico, cogite-se a hipótese de uma pessoa com quem jamais o devedor se relacionaria, e, mais especialmente ainda, um desafeto, um inimigo, pagando dívida sua consignada judicialmente e depois passando a ser seu novo credor, em face dos efeitos da consignação. Seria algo patológico, constrangedor, agressivo aos pilares da segurança e da ética, não devendo ser admitido.

2.6. Especificidades sobre a consignatória nos casos de bitributação

O art. 164, III, do CTN autoriza o uso da *ação consignatória* nas situações em que o contribuinte pratica um único fato gerador de obrigação tributária, mas recebe duas cobranças promovidas por entes federativos distintos, materializando-se o fenômeno que na linguagem tributária se apelida como *bitributação.* Em tais hipóteses existe apenas uma dívida, mas o administrado fica na desconfortável situação de ter dois créditos constituídos contra si, quando, de fato e de direito, só poderia estar recebendo uma cobrança, devendo ser considerada a outra tributação indevida.

Em tais conjunturas, em que diferentes pessoas se apresentam como potenciais *credoras* do devedor que, de fato, só tem um débito e deve a um único credor, a *actio consignatória* se revela via judicial idônea e útil para socorrer o contribuinte, que ajuizará a referida ação com o intento de declarar e *exercer* o seu *direito* de pagar a dívida, contando com o suporte do Estado Juiz para que consiga promover o adimplemento em favor daquele que realmente seja o seu credor. Requererá a citação de todos os *fiscos* que se cogitaram *credores* e que promoveram os lançamentos, imputando-lhes um litisconsórcio passivo necessário unitário, nos termos do art. 895 c/c o art. 47 do CPC, indicará ao juiz a dívida que entende ser realmente devida, depositará o valor que seja capaz de adimplir o montante correspondente e pedirá ao juiz que decida, determinando a quem verdadeiramente assiste o direito de levantar o depósito, homologando a consignação e extinguindo esse crédito verdadeiramente devido, fazendo a sentença, também, coisa julga oponível às demais cobranças e invalidando-as, extinguindo também os créditos tributários respectivos indevidamente cobrados.

Observe-se que a *ação consignatória* propicia ao devedor, "vítima" de duas cobranças diante de um único fato típico praticado, a oportunidade de pagar a quem deve, evitando ser eventualmente executado por duas Fazendas e ter o ônus de se defender em duas potenciais execuções fiscais. Em um único processo, ele disponibiliza o montante objeto da consignação, e citando os litisconsortes para que se manifestem e apresentem suas defesas, fica protegido, esperando que o juiz decida em favor de quem se deve liberar o depósito, não precisando atacar cada um dos lançamentos em ações anulatórias autônomas. Desde que deposite o maior dos valores cobrados, garantindo a qualquer dos fiscos lançadores que o objeto de suas cobranças está assegurado pelo depósito, ficará o contribuinte na confortável situação de não poder ser atacado em execuções conexas, pois, havendo depósito consignado de montante integral, e *integral* relativamente a cada um dos lançamentos feitos, todos os fiscos estão protegidos, ficando suspensa a exigibilidade do crédito no que tange a ambas as cobranças, nos termos do art. 151, II, do CTN c/c o art. 164, § 2.º, do mesmo Código, até que ao final do processo se julgue o mérito e se extingam ambos os créditos, pela liberação do valor consignado em favor do réu/litisconsorte/credor verdadeiro, bem como pela invalidação do lançamento feito pelo réu que não era de fato e de direito um credor, e que no fundo cobrou o que não podia.

2.7. Consignatória nos casos de bitributação: opção e não obrigação

Nos casos em estudo, a *ação consignatória* é uma *opção* que o contribuinte tem, e não é a única,

nem é obrigatória. Observe-se que, ao ajuizá-la, ele faz a opção de trazer os dois potenciais credores para o mesmo processo a um só tempo, o que, de certo, elimina alguns riscos e propicia algumas vantagens. Entretanto, se o contribuinte recebe duas cobranças quando só praticou um único fato gerador, ele pode tranquilamente optar por pagar aquela dívida que entende ser a realmente devida e ajuizar uma ação anulatória contra o lançamento que julga ter sido equivocadamente feito, ou, ainda, se for o caso, impetrar mandado de segurança repressivo contra o lançamento flagrantemente abusivo.

Quando o contribuinte sabe exatamente a quem deve, e, em especial, quando a sua dívida é aquela de menor valor diante das duas que foram cobradas, às vezes é melhor pagar a dívida que se tem certeza inequívoca de ser a correta e impugnar a cobrança erroneamente feita, abdicando-se do uso da via consignatória com a imputação do litisconsórcio passivo aos dois fiscos lançadores. A vantagem é que, em casos como esse, se fosse ajuizar a consignatória, teria que depositar o maior valor, empatando seu capital de giro quando, no fundo, tem a absoluta certeza de que deve a dívida de menor valor dentre as cobradas. Não que seja inadmitida a consignação com valor a menor, não é isso. Inclusive, abordaremos o tema com especial carinho em tópicos a seguir, cuidando do *valor do depósito*. Mas, para se lograr êxito no intento de ver suspensas as exigibilidades de ambos os créditos constituídos, impedindo as execuções fiscais possíveis, a consignação tem que ser proporcional ao maior valor cobrado. Daí que, a depender do caso concreto, de qual seja esse valor e se o procurador do contribuinte realmente tem certeza de que essa é a cobrança errada, ele pode optar pela inteligente postura advocatícia de, em vez de consignar pelo maior valor, pagar a dívida menor que realmente é a devida e ajuizar a ação anulatória contra a outra cobrança, tentando deferimento de concessão de tutela antecipada para suspender a exigibilidade do crédito e evitando a consequente execução fiscal. Logo, conclua-se que nem sempre a ação consignatória será a opção mais inteligente, e, perceba-se que não é a única via de defesa em casos de bitributação. É apenas uma *opção* que pode trazer inúmeras vantagens, a depender da situação em concreto, para o contribuinte que opta por seu uso, conforme passamos a analisar no item imediatamente a seguir.

2.8. Vantagens de uso da consignatória nos casos de bitributação

Como se depreende da leitura do item anterior, a *consignatória* é uma faculdade do contribuinte, e não sua única via de socorro, quando está na incômoda situação de receber duas tributações em razão de um único fato gerador praticado. Entretanto, registre-se o rol de vantagens que tal exercício pode oportunizar ao contribuinte.

Em primeiro lugar, ao se ajuizar a ação em tela e citar os dois fiscos cobradores em litisconsórcio passivo, reúne-se o debate diante de ambas as cobranças em uma só ação, tornando-se desnecessário o ajuizamento de duas possíveis ações de execução fiscal e, logo, a eventual necessidade de ajuizamento de duas ações de embargos à execução. Ou seja, em vez de correr o risco de ser duplamente executado, de ter dois custos e dois trabalhos para ajuizar dois embargos independentes, resolve seu problema em um único momento. Destaque-se ainda que, em tais eventualidades (as duas execuções ajuizadas), haveria a necessidade de oferecer garantia duas vezes.

Quando se ajuíza a consignatória autorizada pelo art. 164, III, do CTN, e deposita-se o valor que corresponde à maior das duas cobranças, de imediato garantem-se os dois créditos, promovendo a suspensão de exigibilidade de ambas as cobranças, em adequação ao disposto no art. 151, II, CTN, e assim obstando quaisquer das duas possíveis execuções. Fica protegido e ainda goza das vantagens inerentes ao efeito decorrente de estar suspensa a exigibilidade do crédito, como, por exemplo, poder extrair certidões favoráveis na dívida ativa, nos termos dos arts. 205 e 206 do CTN.

Ao requerer a citação dos corréus e indicar as cobranças feitas por eles, sustentando ainda a que julga ser realmente devida, promove-se uma favorável inversão de papéis, pois as duas Fazendas, que até então estavam na privilegiada posição de *autores* do procedimento administrativo de cobrança, o qual goza de presunção de validade, agora passam a ser *rés* e recebem o ônus de terem que defender seus procedimentos provando que fazem jus ao recebimento do montante cobrado, sabendo-se, desde logo, que não se reconhecerá o direito a ambas, inviabilizando-se o êxito para uma delas. Ou seja, processualmente falando, o contribuinte passa a ter um grande aliado na persecução probatória de qual é, realmente, a sua dívida: o credor que quer levantar o objeto do depósito, por logo, deverá provar seu melhor direito, convencendo juridicamente o(a) magistrado(a) de que lhe assiste a razão e que o seu lançamento foi o corretamente praticado. Nesse modo de pensar, o contribuinte autor da consignatória está, *no mínimo*, dividindo seu trabalho com os fiscos, que deixam de ficar na privilegiada e cômoda posição de quem promove um lançamento, dotado de presunção relativa de certeza e liquidez, para virarem réus e assumirem o ônus probatório da legitimidade de seus créditos. Entretanto, a bem da verdade e sendo extremamente técnico na análise do procedimento especial destinado pelo CPC à ação consignatória, a posição do contribuinte é infinitamente mais vantajosa do que a de quem tem “apenas” uma ajuda (e interesse) dos corréus na busca da prova de qual é a dívida corretamente exigível. O art. 897 é claro no seu ensinamento de que, *não oferecida a contestação, e ocorrentes os efeitos da revelia,* ***o juiz julgará procedente*** *o* ***pedido, declarará extinta a obrigação*** *e condenará o réu nas custas e honorários advocatícios*. E, mais especialmente nos casos de consignatórias como a que se trata no presente momento do estudo, que é a da *bitributação*, vale a transcrição do art. 898 do CPC, que afirma que, consignado o valor, pode o juiz declarar extinta a obrigação (no caso, ambas!) e determinar que o processo siga em debate travado apenas entre os corréus litisconsortes, ficando o contribuinte na confortável posição de assistir de camarote o desfecho da lide, aguardando, ainda, é claro, que, caso seja decidido que o credor que tinha direito de receber era aquele que cobrava o menor valor, e tendo sido depositado o maior deles, possa levantar a diferença do valor depositado a maior corrigida e atualizada. Observe-se o texto do art. 898 do Código de Processo:

> *Art. 898. Quando a consignação se fundar em dúvida sobre quem deva legitimamente receber, não comparecendo nenhum pretendente, converter-se-á o depósito em arrecadação de bens de ausentes; comparecendo apenas um, o juiz decidirá de plano;* ***comparecendo mais de um, o juiz declarará efetuado o depósito e extinta a obrigação, continuando o processo a correr unicamente entre os credores****; caso em que se observará o procedimento ordinário (grifo nosso).*

É importante que o autor indique qual das dívidas entende devida, aquela que ele pretende ver extinta pela homologação da consignação favorável e seu real credor, nos termos do art. 156, VIII, do CTN, deixando claro e transparente, por lógico, *a contrario sensu*, a dívida que entende ter sido

cobrada indevidamente e que pretende ver extinta pelo trânsito em julgado, nos termos do art. 156, X, do CTN. E tal importância se revela vital, pois, caso os réus citados não compareçam ao processo, a eles serão imputados os efeitos da revelia, como previsto no art. 897 do CPC e o juiz julgará procedente o pedido, *nos termos em que esse pedido for feito*. E, se o autor indicar qual a dívida que julga realmente devida, em casos de revelia, assim se decidirá.

2.9. Do valor do depósito

Discussões acaloradas na doutrina e nos Tribunais já foram travadas em torno do tema, debatendo-se a respeito da possibilidade de o consignante depositar valor a menor que o exigido pelo credor. Atualmente, vem-se admitindo o cabimento da ação em tela mediante depósito do valor que *o contribuinte julga devido*, não sendo mais viável sustentar a obrigatoriedade de se consignar o valor total exigido pelo fisco no lançamento. FUNDAMENTAL, entretanto, atentar para as consequências de tal práxis, que, por óbvio, não serão as mesmas do que ocorreria caso a consignação se fizesse pelo valor integralmente lançado pelo credor. Mas, de antemão, frise-se, é possível o ajuizamento da consignatória com valor a menor do que a Fazenda entende ser o montante realmente devido. Teçamos alguns comentários relevantes.

O principal fundamento para que se acolha a consignação com valor a menor que o lançado é a certeza de que o crédito público é *irrenunciável*. Ora, se o fisco cobra "10 x" e o contribuinte entende que deve apenas "7 x", valor este que se propõe a pagar consignado, *que se receba o pagamento dessa quantia*, a qual, indubitavelmente, revela-se *montante incontroverso*. Com boa vontade e no propósito de proteger a arrecadação fiscal, é possível compreender que quem cobra "10" está cobrando "7" + "3"; e, se sobre o valor de "7" não há dúvida quanto à legitimidade da cobrança, o contribuinte reconhece esse limite como *devido*, qual razão para se recusar o pagamento, ainda que feito pela via judicial consignatória?

Constate-se que, nesse viés, o pagamento consignado a menor deve ser aceito, a consignação deve ser homologada e o depósito convertido em renda de imediato a favor do fisco, o que, entretanto, *não elidirá a discussão e a eventual execução do montante remanescente* que foi cobrado pela Fazenda, devendo sempre se registrar a lembrança de que o lançamento goza de presunção de validade, é procedimento administrativo plenamente vinculado, praticado por uma autoridade administrativa competente, e, até que se prove o contrário, goza da presunção de ser correto em sua substância. Conclua-se, então, de modo simples e objetivo, que a ação consignatória com pedido de depósito em limite inferior ao montante total exigido pelo fisco deve ser aceita sob o manto argumentativo da irrejeitabilidade do crédito público, flagrando-se verdadeira confissão de dívida pelo contribuinte autor e a formalização do intento de adimpli-la em favor do erário, não havendo motivo legal, justo ou lógico para se recusar tal procedimento. Prevalecerá, entretanto, a presunção de validade do lançamento quanto ao valor remanescente, havendo apenas extinção *parcial* do crédito tributário, proporcionalmente ao montante objeto da confissão e do depósito consignado, o qual pode ser objeto, a todo e qualquer momento, de inscrição em dívida ativa e posterior execução fiscal, tópico que será abordado ao final deste capítulo.

Sempre que o contribuinte propuser a consignação em valor a menor do que o cobrado, será lícito ao fisco, na contestação, alegar a insuficiência do depósito e pedir a complementação, nos termos do art. 896, IV e parágrafo único, do CPC. Poderia o contribuinte completar o valor, como autoriza o art. 899, *caput*, em prazo de dez dias. Mas, cogitando que não seja seu interesse, visto que realmente entende que o valor devido é menor que o cobrado, a ação prosseguirá, podendo o fisco, nos termos do art. 899, § 1.º, levantar de imediato o montante depositado, restando liberado o autor dessa parte da dívida, extinguindo-se parcialmente o crédito e devendo prosseguir a ação na parte controversa.

Ao homologar o pagamento parcial consignado, o juiz apontará o valor total da dívida, que deve ser exatamente o valor que foi objeto do lançamento, curvando-se à sua presunção de veracidade, indicando o valor exato da diferença entre esse montante integral e o valor que foi pago, para que, sobre esse resíduo, a sentença já possa valer como título executivo, conforme determina o art. 899, § 2.º, do CPC. Quanto às ações consignatórias no *cível*, ainda seria possível avançar para a execução desse saldo nos próprios autos do processo em caso, conforme autoriza o próprio 899, § 2.º.

Não que tal possibilidade seja expressamente vedada para o Direito Tributário, não havendo qualquer vedação no CPC. Ocorre que, como existe procedimento especial para os executivos fiscais, regido pela Lei 6.830/1980, é mais prudente sustentar que em tais situações de homologação do pagamento a menor deva o fisco inscrever o valor residual em dívida ativa e, caso o contribuinte autor da consignatória prossiga no processo no intento de questionar o montante objeto da controvérsia e não consiga deferimento de tutela antecipada para suspender a exigibilidade do crédito, será viável o ajuizamento de execução fiscal quanto ao mesmo. Observe-se em transcrição o teor do disposto nos arts. 896 e 899 do CPC, ora citados, com especial atenção para nosso *grifo:*

> ***Art. 896. Na contestação, o réu poderá alegar que:***
>
> *I – não houve recusa ou mora em receber a quantia ou coisa devida;*
>
> *II – foi justa a recusa;*
>
> *III – o depósito não se efetuou no prazo ou no lugar do pagamento;*
>
> ***IV – o depósito não é integral.***
>
> ***Parágrafo único. No caso do inciso IV, a alegação será admissível se o réu indicar o montante que entende devido.***
>
> *(...)*
>
> *Art. 899. Quando na contestação o réu alegar que o depósito não é integral,* ***é lícito ao autor completá-lo, dentro em 10 (dez) dias,*** *salvo se corresponder a prestação, cujo inadimplemento acarrete a rescisão do contrato.*
>
> ***§ 1.º Alegada a insuficiência do depósito, poderá o réu levantar, desde logo, a quantia ou a coisa depositada, com a consequente liberação parcial do autor, prosseguindo o processo quanto à parcela controvertida.***
>
> ***§ 2.º A sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinará, sempre que possível, o montante devido, e, neste caso, valerá como título executivo,*** *facultado ao credor promover-lhe a execução nos mesmos autos.*

O que faz com que alguns estudiosos ainda se postem reticentes quanto ao cabimento da ação consignatória com pagamento de valor inferior ao determinado pelo lançamento é a afirmativa prevista no art. 164, § 1.º, do CTN que determina que *a consignação só pode versar sobre o crédito que o consignante se propõe a pagar*. Haveria então uma presunção de que o CTN afastaria qualquer possibilidade de consignação em pagamento com valor a menor do que o cobrado, e, nas

consignatórias tributárias, esse seria o modo correto de pensar. *Data venia,* como já comentado acima, não é o caminho a ser seguido. O princípio da irrecusabilidade do crédito público, o interesse coletivo em ver o valor a ser pago (ainda que em parte) e a inexistência de controvérsia no valor objeto da consignação a menor tornam irrazoável e, mais do que isso, *indefensável* a tese de que não se pode consignar em parte a dívida tributária. Seria uma incongruência caber no cível, satisfazendo-se credores particulares e se vedar no Direito Tributário, prejudicando o credor coletivo, o fisco, que, *ultima ratio*, representa a sociedade como um todo, grande titular do crédito tributário. Quando muito, o que se poderia almejar sustentar, na leitura do referido parágrafo primeiro do art. 164, em uma interpretação elasticamente adaptada, é que, quando houvesse consignação de valor a menor (o que, por lógico, *se pretende pagar*), não caberia insistir no processo para se discutir o valor residual, não se aceitando que a consignatória servisse de espaço para debate e viesse a se converter implicitamente em uma ação anulatória, no que tange à parte controversa. Mais uma vez pedimos licença para discordar, pois, se já se tem uma ação em tela, onerou-se a máquina pública, as partes já estão cientes do objeto, não faria qualquer sentido exigir que o contribuinte ajuizasse uma ação anulatória autônoma para discutir a legitimidade do montante residual. Os comandos da *economicidade* e da *operabilidade* restariam esfacelados, aniquilando-se ainda qualquer senso de *razoabilidade*. O correto é que a ação consignatória realmente *siga* com debate aberto no que diz respeito à parte controversa, cabendo ao contribuinte, autor, provar ser indevida a dívida relativa a dito montante, sob pena de ser executado em tal parcela do crédito, o qual, repita-se insistentemente, presume-se devido nos termos do lançamento feito, até que se prove o contrário.

2.10. O depósito na consignatória em casos de bitributação

Por todo o exposto acima, havendo consignatória nos casos do art. 164, III, pode o contribuinte optar por consignar o valor da menor cobrança, quando refém da *bitributação,* assumindo, entretanto, o risco de ser executado pela Fazenda que cobrou o maior valor, já que a mesma não está garantida quanto à totalidade do seu crédito, e, nesses casos, o lançamento por ela feito tem presunção de validade.

Como a consignação do menor montante não traduzirá, *em relação à Fazenda que cobrou o maior valor*, constituição de *depósito do montante integral*, não restará suspensa a exigibilidade do crédito, sendo cabível a execução fiscal. Nevrálgico problema para alguns estudiosos é definir com bom senso qual poderia ser o montante exato a ser executado, se o valor integral cobrado ou se apenas a diferença entre o valor consignado e o valor lançado. No interesse das procuradorias é comum ouvir a tese de que a execução fiscal pode ser do valor integral lançado, pois não se pode afirmar com precisão que na consignatória haverá julgamento que determine que o fisco que lançou o maior valor será considerado o titular do crédito, e, por assim ser, a execução teria que ser do valor total. Mais uma vez abrimos discordância, sustentando que a execução deve recair apenas no montante residual, caso a consignatória tenha depósito do menor valor cobrado, já que, caso seja julgada favorável à Fazenda que cobrou o maior valor, o montante consignado será liberado em seu

favor, sendo justa a execução apenas do resíduo; contudo, se for julgada em favor da outra Fazenda, significa que *não há direito algum* ao crédito pretendido, nem mesmo a execução seria correta. Nesse propósito, sustentamos, ainda, que deva ocorrer o imediato sobrestamento da execução para que se aguarde o julgamento da consignatória, sob pena de, julgada esta favoravelmente à Fazenda que cobrou a menor dívida, existir uma execução fiscal em andamento ajuizada pela outra Fazenda buscando um montante residual indevido, visto que nenhum direito creditório lhe assistiria.

2.11. A petição inicial nos casos do art. 164, I, II e III, do CTN. Dos *fundamentos do ajuizamento*

A petição inicial em uma ação consignatória não diverge do modelo padrão das demais ações ordinárias dos contribuintes. Seja nos casos do art. 164 I, II ou III. Alguns pequenos detalhes vão diferenciar um caso do outro. Comentemos brevemente.

Um dos pontos que oscila em cada petição inicial é, especialmente, o *fundamento do ajuizamento*, a ser narrado no início da peça autoral, quando se justifica legalmente a propositura da ação. Logo, após cumprimentar o Juiz (ex.: Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ___ Vara ____ da Comarca ____), se apresentar o autor e qualificá-lo, bem como narrar a presença de seu advogado com procuração anexa informando seu endereço, deve aquele que peticiona indicar, no corpo da peça, os artigos que fundamentam o uso da ação em caso.

Nos casos das consignatórias do art. 164, I e II, do CTN, o advogado sempre citará os arts. 282, 890 e 893 do CPC, bem como os arts. 151, II c/c os arts. 164, § 2.º, 156, VIII, e 164, I (ou II, se for o caso), do CTN. O art. 282 do CPC cuida dos requisitos gerais da petição inicial; o art. 890 é o que inicia o procedimento especial destinado, no CPC, às ações consignatórias e que legitima o seu uso; o art. 893 dispõe, em seus dois incisos, sobre o que deve constar especialmente nas petições iniciais em ações consignatórias; o art. 151, II, c/c o art. 164, § 2.º, do CTN embasa a suspensão da exigibilidade do crédito pelo depósito do montante integral feito enquanto perdurar o processo; o art. 164 é o que legitima a ação consignatória *em matéria tributária*, indicando em cada um de seus incisos o caso concreto que fomentou o uso do remédio manuseado; por fim, o art. 156, VIII, se refere à extinção do crédito pela via da consignação proposta e homologada ao final, objetivo maior do contribuinte quando usa a ferramenta jurídica em comento. Nesses casos, a primeira parte da petição inicial se formatará da seguinte maneira:

> *Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ___ Vara___ da Comarca _____* (ou, se em matéria federal, *Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da ___Vara Federal da Seção Judiciária ___*),
>
> *Fulano de Tal, (qualificação), vem, por meio de seu advogado, procuração anexa, endereço ____________________, respeitosamente, perante V.Exa., nos termos dos arts.* ***282 e 890 do CPC, bem como arts. 151, II, c/c os arts. 164, § 2.º, 164, I (ou II), e 156, VIII, do CTN****, ajuizar a presente*
>
> *AÇÃO CONSIGNATÓRIA EM PAGAMENTO*
>
> Em face do ente _____- Fazenda Pública ____
>
> Pelos fatos e fundamentos a seguir narrados.

____

Quando for, entretanto, o caso do art. 164, III, do CTN, algumas incrementações devem ser observadas, por se tratar de *bitributação*. De início, deve-se observar se a *bitributação* envolve a União, pois, se a resposta for positiva, ocorre a atração da matéria para o Juízo Federal em face do previsto no art. 109 da CRFB/1988, e esse deve, de início, ser o primeiro dispositivo citado. Em seguida, todos os demais dispositivos narrados acima para fundamentar o ajuizamento das consignatórias nos casos do art. 164, I e II, serão repetidos, com o *acréscimo* de mais alguns. Como haverá dois réus, é necessário citar o art. 895 c/c o art. 47 do CPC, os quais tratam, respectivamente, do dever de requerer a citação de ambos e da formação do litisconsórcio passivo necessário; deve, ainda, o advogado, quando se referir ao art. 156, VIII, do CTN (extinção do crédito pela homologação do pagamento consignado), citar também o inciso X do referido artigo, fazendo menção à extinção do outro crédito que fora cobrado, o qual se pretende ver extinto pelo trânsito em julgado. Logo, o começo da petição inicial, nesses casos, deve ser redigida da seguinte forma:

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ___ Vara___ da Comarca _____ (ou, se em matéria federal, *Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da ___Vara Federal da Seção Judiciária ___*),

Fulano de Tal, (qualificação), vem, por meio de seu advogado, procuração anexa, endereço ____________________, respeitosamente, perante V.Exa., nos termos dos arts. (***109 da CRFB/1988*** *– se envolver tributo federal)* ***282, 890, 893 e 895 c/c o art. 47 do CPC, bem como art. 151, II c/c os arts. 164, § 2.º, 164, III, e 156, VIII e X, do CTN****, ajuizar a presente*

AÇÃO CONSIGNATÓRIA EM PAGAMENTO

Em face do ente _____ – Fazenda Pública _____ e do ente ____ – Fazenda Pública ____

Pelos fatos e fundamentos a seguir narrados.

_____

2.12. Da referência ao depósito na petição inicial

No corpo da *inicial*, pode o advogado fazer expressa referência ao *depósito,* que é o verdadeiro objeto da consignação. O art. 893, I, do CPC, determina que deve o autor requerer o depósito. Como já estudado acima, para suspender realmente a exigibilidade do crédito e impedir a execução fiscal, o depósito deve ser de valor integral, ainda que caiba depósito insuficiente com as consequências já explicadas. Logo, sugeriremos aqui, especialmente para os alunos que focam o estudo para as provas da segunda fase do Exame Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, que sempre procedam ao depósito do montante integral que foi objeto do lançamento, a não ser que o examinador fale expressamente o contrário. Por assim ser, sempre recomendo que, logo após a descrição dos fatos e antes mesmo da fundamentação do pedido, o candidato destaque o tópico *DO DEPÓSITO*, e, de modo objetivo e sucinto, escreva em sua peça: “o autor pretende depositar a quantia de R$ _____,

objeto de cobrança feita em seu desfavor, conforme comprovação anexa, para consignar o valor e pagar integralmente a dívida, libertando-se do débito e promovendo a consequente extinção do crédito pela via da consignação do pagamento”.

Nos casos de *bitributação* do art. 164, III, do CTN, deve ser destacado que o depósito é do valor referente à maior das cobranças (salvo se for exigido expressamente o contrário), demonstrando que se procurará suspender a exigibilidade de ambas as cobranças, impedindo-se qualquer execução fiscal conexa.

2.13. Do pedido

Em qualquer dos casos relativos aos incisos I, II ou III, do art. 164, do CTN, sempre serão feitos três pedidos genéricos, quais sejam: *a) permissão para produção de provas; b) citação do réu na pessoa de seu representante legal, nos termos do art. 893, II, CPC* (ou dos réus, se for caso de bitributação, e aí deve ser citado também o art. 895 c/c o art. 47, CPC); *c) condenação do réu ao pagamento de verbas sucumbenciais e honorários advocatícios* (nos casos de *bitributação* do art. 164, III, do CTN pede-se a condenação ***da parte sucumbente***).

Nos casos do art. 164, I e II, três os pedidos específicos;

a) que se expeça a guia para depósito, de acordo com o previsto no art. 893, I, nos termos já suscitados;

b) que seja julgada procedente a ação, homologando-se o pagamento feito e declarando-se extinto o crédito correspondente, nos termos do art.156, VIII, do CTN;

c) que se reconheça efeito suspensivo à exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, II, c/c o art. 164, § 2.º, do CTN, obstando-se eventual ação de execução fiscal.

Nos casos do art. 164, III, quatro são os pedidos específicos: os três anteriores, com pequena adaptação, e mais um. Vejamos:

a) que se expeça a guia para depósito, de acordo com o previsto no art. 893, I, a ser realizado na quantia relativa ao maior dos créditos cobrados, nos termos já suscitados;

b) que seja julgada procedente a ação, homologando-se o pagamento feito e declarando-se extinto o crédito correspondente, de preferência o indicado como realmente devido, nos termos do art. 156, VIII, do CTN, extinguindo-se o outro crédito cobrado nos termos do art. 156, X, do mesmo Código;

c) que se reconheça efeito suspensivo à exigibilidade de ambos os créditos tributários, nos termos do art. 151, II, c/c o art. 164, § 2.º, do CTN, obstando-se eventuais ações de execução fiscal;

d) que, caso se julgue que o crédito devido é o de menor valor dentre os cobrados, se autorize o

levantamento do valor correspondente à diferença, corrigido e atualizado.

2.14. Da suspensão de exigibilidade do crédito. Da extinção do crédito

Conforme ensinamos nas lições acima, a suspensão da exigibilidade do crédito só se materializa se houver depósito para pagamento de valor correspondente ao que foi cobrado. Do contrário, é sempre possível o ajuizamento da execução. A base legal para se entender suspensa a exigibilidade do crédito e se obstar o executivo fiscal é a aplicação do art. 151, II, normalmente utilizado para fundamentar as ações anulatórias, combinado com o art. 164, § 2.º, ambos do CTN.

2.15. Ação consignatória e depósito insuficiente. Execução fiscal. Conexão. Tutela antecipada em ação consignatória

Conforme comentários anteriores, caso ocorra o ajuizamento de consignatória e se proceda ao pagamento em valor inferior ao cobrado, cabível prosseguir a discussão quanto ao montante objeto da divergência nos autos da própria consignatória, como se ela, de fato, passasse a ser uma ação anulatória, o que, verdadeiramente, termina ocorrendo. Logo, como tal deve passar a ser entendida. Se no curso dessa *consignatória/anulatória* não se lograr deferimento de tutela antecipada, o contribuinte poderá ser executado a qualquer instante, direito que realmente assistirá ao fisco. Afinal, se a Fazenda cobrou o valor e a consignação foi de montante inferior ao que a Fazenda pretende receber, não haveria qualquer óbice à execução do saldo residual. A via para impedir tal caminho, no interesse do contribuinte, é pleitear a concessão de tutela antecipada, nos termos do art. 273 do CPC, para conseguir a suspensão da exigibilidade desse valor excedente, nos termos do art. 151, V, do CTN, obstando assim a execução que seria viável, mormente o disposto no art. 585, § 1.º, do Estatuto Processual Geral. Indeferida a tutela, fato que se torna viável a execução, a qual deve, inclusive, ser ajuizada pela Fazenda, especialmente para fins de se promover a interrupção da prescrição pelo despacho citatório. Questões processuais delicadas a serem desvendadas surgiriam, tais como discutir a conexão dos feitos, a necessidade ou não de oferecer garantia para ajuizamento de embargos, a possibilidade de penhora *on-line* caso não sejam aduzidos os embargos, entre outras. Acreditamos que a melhor solução, em nome da segurança jurídica, é dar imediato sobrestamento à execução fiscal ajuizada, aguardando a decisão da ação consignatória, para que somente então se possa seguir no feito executivo ou, a depender do julgamento na ordinária, extingui-lo.

2.16. Da natureza e dos efeitos da sentença na ação consignatória. Diferença entre as hipóteses do art. 164, I e II, para a hipótese do art. 164, III, do CTN

A sentença na ação consignatória, nos casos do art. 164, I e II, tem natureza declaratória, afirmando a existência da dívida e reconhecendo o direito ao pagamento. Não possui natureza condenatória e, *a priori*, também não tem caráter constitutivo. Apesar, não se pode negar que seu principal efeito é o de, homologado o pagamento consignado, *extinguir* o crédito, o que faz com que

muitos acadêmicos da ciência tributária reconheçam uma carga constitutiva negativa na sentença que julga procedente a ação consignatória.

Nos casos do art. 164, III, inegável afirmar o duplo caráter da sentença, já que, se de um lado declara a dívida em favor de um dos réus litisconsortes, afirmando a existência de seu crédito e dando-lhe extinção pela homologação do pagamento em seu favor, por outro, termina por ter efeito letal em relação ao lançamento promovido pela outra Fazenda ré litisconsorte, em desfavor de quem se entendeu não haver o direito ao crédito objeto da consignação. Quando se julga a favor de um dos réus, o efeito imediato é declarar que não existe o direito ao crédito pelo outro fisco que tributou equivocadamente, dando ensejo à situação de *bitributação* que fomentou o processo. E, se assim o é, o derradeiro efeito da sentença é *invalidar* esse lançamento equivocadamente realizado, *desconstituindo-o,* assumindo o provimento final caráter indubitavelmente constitutivo negativo. E, no fundo, é exatamente isso, pois a ação consignatória em casos de *bitributação* terminará sendo, ao mesmo tempo, implicitamente, uma *ação anulatória* em relação àquele lançamento que se comprovar realizado de modo errado quando se julgar em favor da Fazenda vencedora. Logo, a sentença possui caráter declaratório e constitutivo.

CAPÍTULO II
MODELOS DE PETIÇÕES INICIAIS

AÇÃO CONSIGNATÓRIA SIMPLES
(CASOS DO ARTIGO 164, INCISOS I E II, DO CTN)

(Endereçamento Justiça Estadual)

Excelentíssimo Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... (Fazenda Pública/Civil/Única/Especializada) da Comarca do Município de ... Estado ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF e Identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo, com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante Vossa Excelência, nos termos dos arts. 282, 890, 893, I e II, todos do CPC, bem como do art. 151, II, do CTN, combinado com a Súmula 112 do STJ, e, ainda, arts. 156, VIII e X, e 164, I (ou II), todos do CTN, ajuizar a presente

AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

em face do Município x, pessoa jurídica de direito público interno, endereço e sua respectiva Fazenda Pública Municipal, diante dos fatos e fundamentos a seguir narrados:

I – DOS FATOS

II – DO DEPÓSITO

O Autor da presente pede que Vossa Excelência possa autorizar o depósito do valor da dívida cobrada, a qual se pretende pagar.

O depósito será efetuado no montante de R$ ..., em dinheiro, e relativamente à dívida tributária, que tem origem no tributo x.

A finalidade de tal depósito é pagar a dívida tributária que foi cobrada no seu valor integral, não havendo qualquer discordância quanto ao mesmo, dívida essa que se confessa plenamente devida.

Por oportuno, pede que Vossa Excelência possa reconhecer o efeito suspensivo na presente ação, declarando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário nos termos do art. 151, II, do CTN combinado com a Súmula 112 do STJ.

Por fim, pede a Vossa Excelência que possa homologar a consignação proposta, declarando extinto o crédito tributário, nos termos do art. 156, VIII, do CTN.

III – DO DIREITO

O Autor afirma que o caso presente é bastante conhecido e evidencia um abuso de direito da Fazenda Pública, configurando um ato ilícito nos termos do art. 187 do CCB; é que, ao condicionar o pagamento de uma dívida ao pagamento de outra, o Fisco cometeu a ilicitude de violar a liberdade do exercício do direito de pagamento de dívida que o contribuinte tem, pois antes ser um dever, pagar é um direito e tal direito resta prejudicado com a medida do Réu.

Em hipóteses como a que se vislumbra, o uso da Ação que hora se manuseia é mais do que idôneo, é adequado. A ação consignatória é remédio que acolhe o contribuinte em situações como a presente, propiciando que ele consigne em juízo o direito

de pagar.

Com tal ação o contribuinte evita que sofra prejuízos, como o aumento do valor da dívida, tanto no campo social, moral e econômico, pois o mesmo terá seu nome inscrito em um cadastro de inadimplentes, não terá acesso a certidões negativas, sofrerá constrangimentos e aborrecimentos, bem como outros dissabores.

Vale ressaltar que a ilicitude do Réu repercute no plano de princípios e valores regulados no direito administrativo, constitucional, financeiro e outros ramos, pois, ao condicionar o pagamento de uma dívida ao recebimento de outra, impediu a entrada de uma receita nos cofres públicos, que é devida, e em situação na qual o devedor quer pagar e, agindo dessa forma, prejudicou o equilíbrio orçamentário, colidindo a postura do Réu com os princípios da indisponibilidade da coisa pública, da supremacia do interesse publico, da irrenunciabilidade de receita pública, da proteção ao crédito tributário, do equilíbrio orçamentário, da economicidade e operabilidade.

No que tange à outra cobrança feita, a intenção da Fazenda não merece prosperar. É que o tributo cobrado é viciado. Não pode incidir no caso concreto. Trata-se de uma cobrança indevida. É que esse tributo ... (explicar porque o tributo é devido).

Vale ressaltar que as relações tributárias são autônomas entre si, pois os fatos geradores ocorrem de forma autônoma, sendo cada relação obrigacional tributária independente, uma não se correlacionando com a outra, derrubando a tese de que ambas só poderiam ser satisfeitas conjuntamente.

IV – DOS PEDIDOS

a) requer a citação do Réu, na pessoa de seu representante legal, para fins de levantar o montante depositado, ou oferecer resposta nos termos do art. 893, II, do CPC;

b) requer a permissão para a produção de todas as provas admissíveis em direito e necessárias para o deslinde da causa;

c) requer a condenação do Réu ao pagamento das verbas sucumbenciais devidas destacando as custas judiciais e os honorários advocatícios;

d) RJP – requer julgue procedente a ação para fins de aceitar a consignação proposta, homologando o pagamento consignado e extinguindo o crédito tributário, nos termos dos arts. 156, VIII, e 164, § 2.º, do CTN;

e) reafirma pedido para que Vossa Excelência possa declarar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, II, do CTN combinado com a Súmula 112 do STJ;

f) reafirma pedido de autorização para proceder ao depósito, nos termos do art. 893, I, do CPC, conforme anteriormente exposto;

g) requer que possa levantar a garantia ao final, na forma da Lei.

Dá-se à causa o valor de R$ ... (consoante arts. 258 a 261 do CPC; valor do depósito)

Termos em que,

Pede Deferimento

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

AÇÃO CONSIGNATÓRIA EM BITRIBUTAÇÃO

(CASO DO ARTIGO 164, III, DO CTN)

Modelo (ICMS e ISS)

(Endereçamento Justiça Estadual)

Excelentíssimo Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... (Fazenda Pública/Civil/Única/Especializada) da Comarca do Município de ... Estado ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF e Identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo, com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante Vossa Excelência, nos termos dos arts. 282, 890, 893, I e II, todos do CPC, bem como do art. 151, II, do CTN, combinado com a Súmula 112 do STJ, e, ainda, art. 156, VIII e X, e, ainda, o art. 164, I (ou II), todos do CTN, ajuizar a presente

AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

em face do Município x e do Estado y, ambos pessoas jurídicas de direito público interno, tendo o Município x o endereço alfa e sua respectiva Fazenda Pública Municipal e o Estado y o endereço beta, bem como sua respectiva Fazenda Pública, diante dos Ca Estadual, diante dos fatos e fundamentos a seguir narrados:

I – DOS FATOS

II – DO DEPÓSITO

O Autor da presente requer autorização para proceder ao depósito em dinheiro, conforme art. 893, I, do CPC.

Esclarece que o valor a depositar é de R$ ..., que corresponde ao maior valor cobrado pelos dois Réus, ora citados, sendo relativo ao tributo ..., cobrado pelo Réu ... .

Confessando-se devedor, registra-se que a finalidade de tal depósito é efetivar o pagamento da dívida devida, em favor daquele que se entenda legítimo credor, no julgamento da presente ação.

III – DO EFEITO SUSPENSIVO

O Autor esclarece que o presente depósito tem também, por finalidade, propiciar o efeito suspensivo de ambas as cobranças feitas pelos Réus, evitando-se o ajuizamento de Ações de Execuções Fiscais.

Pede, portanto, que vossa Excelência declare, nos termos do art. 151, II, do CTN, combinado com a Súmula 112 do STJ, a suspensão da exigibilidade, de ambos os créditos lançados pelos Réus.

IV – DO DIREITO

V – DOS PEDIDOS

a) requer a citação de ambos os Réus, nas pessoas de seus representantes legais, para fins de levantar o montante depositado, ou oferecer resposta nos termos do art. 893, II, do CPC, bem como do art. 895 cumulado com o art. 47 do CPC;

b) requer permissão para a produção de todas as provas admissíveis em direito e necessárias para o deslinde da causa;

c) requer a condenação do Réu sucumbente ao pagamento das verbas sucumbenciais devidas destacando as custas judiciais e os honorários advocatícios;

d) RJP – requer julgue procedente a ação para fins de extinguir os créditos tributários cobrados do Autor, nos termos dos arts. 156, VIII, e 164, I, do CTN, homologando a consignação do pagamento em favor do legítimo credor, bem como extinguindo o crédito cobrado indevidamente pelo Ente ..., com a decisão judicial transitada em julgado, nos termos do art. 156, X, do CTN;

e) reafirma pedido para que Vossa Excelência possa declarar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, II, do CTN combinado com a Súmula 112 do STJ;

f) reafirma pedido de autorização para proceder ao depósito, nos termos do art. 893, I, do CPC, conforme anteriormente exposto;

g) requer possa, caso Vossa Excelência julgue procedente a consignação em favor do ente ..., que cobrou a menor quantia, autorizar o levantamento da diferente entre esta e o valor, efetivamente depositado, que correspondeu ao valor da maior das cobranças feitas. **(pedido eventual)**

Dá-se à causa o valor de R$ ... (consoante arts. 258 a 261 do CPC; valor do depósito)

Termos em que,

Pede Deferimento

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

CAPÍTULO III

TREINAMENTO DE RESOLUÇÃO DE QUESTÕES E PEÇAS

QUESTÃO 1

Sociedade PB Ltda., transportadora, sediada na cidade de Niterói, Estado do Rio de Janeiro, onde tem sua base administradora, bem como onde se situa a garagem na qual guarda e faz manutenção de seus veículos, presta serviços de transporte mediante contratação particular, e atua tanto em Niterói como também em outras cidades, a exemplo do Rio de Janeiro, capital, executando o seu serviço ora apenas internamente nas cidades, ora em operações intermunicipais.

No que tange aos transportes intermunicipais, sempre recolheu o ICMS em favor do Estado fluminense. Já nos transportes realizados intermunicipalmente, vem recolhendo o ISS, e sempre em favor de Niterói, independentemente de quem seja o contratante do serviço e onde se execute o mesmo.

No mês de março de 2009 foi notificada pela Fazenda Municipal do Rio de Janeiro para que recolhesse em seu favor o valor de ISS relativo a serviços prestados dentro da capital nos meses de janeiro e fevereiro do mesmo ano, ao passo em que coincidentemente foi também notificada pela Fazenda niteroiense para que pagasse o imposto relativo aos mesmos serviços.

A lei da capital prevê a tributação com 2% sobre o preço do serviço, enquanto a lei da cidade vizinha onde está sediada a empresa prestadora determina a cobrança no montante de 5% sobre o valor do serviço. No caso concreto, a cobrança do Município do Rio de Janeiro foi quantificada em R$ 2.000,00 (dois mil reais), ao passo que o fisco de Niterói cobrou o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

A sociedade, diante da inédita situação de *bitributação*, lhe contrata como seu advogado, informando-lhe que está disposta a pagar, mas que não tem certeza sobre *a quem* pagar. Coloca a disposição o valor de R$ 5.000,00 que está sendo cobrado pelo Município de Niterói, informando-lhe que não está preocupada com o valor, mas sim em obter a certeza de que não será executada nem pelo fisco da capital nem mesmo pelo fisco niteroiense. Pede-lhe que ajuíze ação para atacar os dois lançamentos de uma só vez e assim trazer a tranquilidade ao requerente de que, enquanto durar o processo, não haverá risco de emissão de certidões positivas, nem mesmo de execuções fiscais.

Logo, cabe a você, como advogado do contribuinte, ajuizar a ação cabível para, neste caso de *bitributação*, atacar os dois lançamentos a um só tempo, garantindo a seu cliente os efeitos que ele solicita. Elabore a petição inicial, faça o pedido adequado e fundamente no bom direito.

RESOLUÇÃO DA QUESTÃO

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ___ Vara ____ da Comarca ___

Sociedade PB Ltda., portadora de CNPJ n.º ___, com inscrição n.º ___ na Junta ___, com sede domiciliada na _______, contrato social anexo com todos os demais dados qualificadores, vem, por meio de seu advogado (procuração anexa e endereço para receber intimações, nos termos do art. 39, I, CPC), respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, nos termos dos arts. 282, 890, 893 e 895 c/c o art. 47, todos do CPC, bem como arts. 151, II, 156, VIII, e 164, III, do CTN, propor a presente

AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

em face do MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO-RJ (pessoa jurídica de direito público interno) / FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL E DO MUNICÍPIO DE NITERÓI-RJ (pessoa jurídica de direito público interno) / FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL, como litisconsortes passivos necessários, em face dos fatos e fundamentos a seguir expostos:

I – DOS FATOS

O autor é prestador de serviço de transportes, tendo estabelecimento sede na cidade de Niterói, não obstante preste serviços também em outras localidades, a exemplo do Município do Rio de Janeiro.

No presente caso, foi notificado para recolhimento de ISS em razão de transportes realizados na capital do Estado nos meses de janeiro e fevereiro do ano de 2009. O problema é que foi notificado tanto pelo fisco da capital como concomitantemente pela Fazenda niteroiense, qualificando-se a indesejosa situação tributária da *bitributação*.

O valor cobrado pela Fazenda da capital foi de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), maior que o montante exigido pelo Município de Niterói, que, em face do uso da alíquota de 2% em vez da alíquota de 5% prevista na lei carioca, cobra o montante de R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Diante da situação, vale-se o autor do permissivo estampado no art. 164, III, do CTN, para ajuizar a presente ação consignatória, disponibilizando o montante de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) exigido pela Fazenda da capital e requerendo citação de ambos os fiscos formalizando litisconsórcio passivo necessário.

II – DO DEPÓSITO

Disponibiliza-se a parte autora, nos termos do art. 893, I, do CPC, a proceder a depósito em dinheiro do valor relativo a maior das duas cobranças, pelo que requer a expedição de guia e indicação de conta bancária para que se proceda ao mesmo, no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), para fins de imputar o efeito previsto no art. 151, II, do CTN, estendido a ambas as cobranças feitas, tanto a do ISS carioca como a do ISS niteroiense.

III – DO DIREITO

Questão sempre tormentosa a respeito do ISS é a de se identificar qual a Fazenda credora do imposto a ser pago pelo prestador de serviços quando este tem estabelecimento sede em certa municipalidade, mas executa o serviço em outra praça. Ou seja, em favor de quem o imposto deve ser recolhido, visto que o contribuinte tem base física de atuação em um município, mas executa o seu serviço dentro da circunscrição territorial de outro? Em prol do Município onde está sediado, domiciliado, ou em favor daquele no qual desenvolveu a atividade objeto da tributação?

Há, é evidente, conhecidas teses jurídicas capazes de sustentar com boa lógica as duas vertentes, quais sejam, as de que em tal situação conflituosa é legítimo credor o município onde está domiciliado o prestador, bem como, em linha diametralmente oposta, no sentido de que o imposto deve ser pago ao município onde se executa o serviço. Reflita-se sobre os breves e sucintos argumentos esposados a seguir.

Em favor do município onde se fixa a sede do prestador, onde ele realmente estabelece seu núcleo de atuação, seu verdadeiro domicílio profissional, vigora o argumento maior de que esta é a Fazenda que suporta encargos para disponibilizar uma gestão pública em favor desse administrado/jurisdicionado. Ou seja, se o prestador está domiciliado na cidade ‘x’, lá fixa sua sede, lá estabelece seu núcleo de atuação e gestão do seu negócio, é nesse município que certamente usufrui da Administração Pública

oferecida. É esse o município que gasta recursos de seu orçamento para oferecer serviços como calçamento e pavimentação das ruas, iluminação e demais aspectos de segurança interna e urbanismo, serviços gerais de interesse local etc. Por certo, é nessa praça que, caso o prestador, ou algum de seus funcionários, ou até mesmo um familiar precise, encontrará hospitais e escolas públicas à disposição. Por logo, justo será que esse prestador, no momento em que revele capacidade contributiva e venha a contribuir com parte de suas riquezas, o faça em prol do referido município, retribuindo ao mesmo com sua prestação fiscal por toda a gestão que lhe é disponibilizada. Nessa lógica, indagar-se-ia: por que o contribuinte da cidade ‘x’ vai fornecer recursos para a cidade ‘y’, se não é lá que ele mora, se não é lá que ele fixa sua sede de atuação profissional, se não é lá que ele habitualmente se encontra, se não é naquela outra praça que ele busca a Administração Pública disponibilizada? Justo e razoável seria que ele contribuísse exatamente para o município onde se fixa, onde estabelece sua base de atuação profissional, ainda que execute serviços esporadicamente em outras localidades. Seguindo-se essa linha de raciocínio, *no presente caso concreto,* o autor deveria recolher o imposto em favor do Município de Niterói, pagando o valor de R$ 2.000,00.

Não obstante o exposto, em defesa do direito de arrecadação pelo município, no qual se executa o serviço, também imperam consideráveis argumentos, especialmente no que tange ao quesito *lealdade concorrencial*, bem como ao fator *federalismo*. Vejamos.

Se no município ‘y’ existe uma lei local de ISS que prevê o pagamento do imposto com alíquota de 5%, por exemplo, fácil concluir que todos os prestadores que forem locais, que forem da cidade, pagarão a referida quantia, disputando o mercado em igualdade de condições, sem qualquer favorecimento ou prejudicialidade, já que o imposto incidirá igualmente para todos, onerando-lhes na mesma intensidade. Por lógico, razoável pensar que, caso venha a esta praça um prestador de serviços de fora, sediado em outro município, deveria se sujeitar ao mesmo tratamento fiscal, recebendo a mesma tributação e se sujeitando aos mesmos mandamentos legislativos aos quais os prestadores locais ficam sujeitos. Por esta razão é que se defende a tributação com o ISS local, pago em favor do município onde o serviço é prestado. Do contrário, permitir que um prestador de serviços sediado em outro município ficasse sujeito à lei do ISS do seu município, onde fica estabelecido, poderia implicar um tratamento fiscal desigual, visto que a lei desse seu município poderia eventualmente estipular a incidência do imposto em menor intensidade. Nesse viés, poderia um empresário “invadir” a praça alheia, prestar serviços nela e, pagando menos imposto que o empresário local, receber um favorecimento de enorme valia para fins de equilíbrio/desequilíbrio concorrencial, qual seja, a vantagem fiscal. E, o mais grave, atuaria na praça alheia e nem sequer recolheria imposto em favor dela, uma vez que estaria pagando o ISS em favor do município em que é sediado. Por tudo isso é que se torna factível defender que, nos casos em que um prestador de serviços é sediado em certa municipalidade, mas executa o serviço em outra, sujeitar-se-á ao ISS dessa outra, na qual executa de fato o serviço, protegendo-se com tal veredicto a lealdade concorrencial e imputando-se um critério de justiça com o próprio Município, pois receberia a prestação tributária de todos aqueles empresários que atuassem em sua circunscrição territorial. Por esse caminho conclusivo, *no presente caso concreto*, o imposto deveria ser recolhido em favor do município do Rio de Janeiro, pagando-se o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Reforçando-se ainda a última tese acima exposta, no sentido de que o ISS deveria ser recolhido em favor do Município onde o serviço é executado, sendo irrelevante onde é domiciliado/sediado o seu prestador, poder-se-ia agregar a argumentação de que o *federalismo* ficaria comprometido e sujeito a potenciais vilipêndios, visto que poderia qualquer município vizinho atacar o município onde se executa com habitualidade certo serviço e tentar “furtar” sua arrecadação fiscal, bastando oferecer vantagens para que os empresários fixassem suas sedes dentro de sua circunscrição, bem como fixando um ISS menor. Ou seja, exemplificando: se o município ‘x’ quisesse atacar a arrecadação de ISS do município ‘y’, vizinho, o qual é forte praça de execução do serviço ‘z’, colocaria ele, município ‘x’, um ISS menor que o previsto pela lei do município ‘y’ e ofereceria vantagens para empresários que quisessem se instalar em sua localidade; nesse diapasão, o empresário se fixaria fisicamente no município ‘x’, mas estaria sempre prestando serviços no município ‘y’; pagaria o ISS para o município ‘x’, regendo-se por sua legislação e angariando suas vantagens, em detrimento dos prestadores concorrentes que se situassem no próprio município ‘y’, que sujeitos a sua legislação ficariam em desvantagem econômica, havendo tratamento desigual e imperando uma captação indevida e antiética de receita. Tal possibilidade, caso admitida, inegavelmente fomentaria uma deflagração aberta de ataques antifederativos dos municípios entre si, especialmente naqueles onde as rivalidades políticas já existam naturalmente. Por tal razão é que se deveria acolher a tese de que o ISS deve sempre ser recolhido em favor do município onde o serviço é executado e com base na sua legislação local.

Analisando a *lei complementar de normas gerais* do ISS, a **LC 116/2003**, ela procurou definir a controvérsia, ao dispor em seus arts. 3.º e 4.º sobre o tema, tentando apresentar critério solucionador para a questão, os quais se transcrevem a seguir para leitura:

> ***Art. 3.º O serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do***

estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, quando o imposto será devido no local:

I – *do estabelecimento do tomador ou intermediário do serviço ou, na falta de estabelecimento, onde ele estiver domiciliado, na hipótese do § 1.º do art. 1.º desta Lei Complementar;*

II – *da instalação dos andaimes, palcos, coberturas e outras estruturas, no caso dos serviços descritos no subitem 3.05 da lista anexa;*

III – *da execução da obra, no caso dos serviços descritos no subitem 7.02 e 7.19 da lista anexa;*

IV – *da demolição, no caso dos serviços descritos no subitem 7.04 da lista anexa;*

V – das edificações em geral, estradas, pontes, portos e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.05 da lista anexa;

VI – *da execução da varrição, coleta, remoção, incineração, tratamento, reciclagem, separação e destinação final de lixo, rejeitos e outros resíduos quaisquer, no caso dos serviços descritos no subitem 7.09 da lista anexa;*

VII – *da execução da limpeza, manutenção e conservação de vias e logradouros públicos, imóveis, chaminés, piscinas, parques, jardins e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.10 da lista anexa;*

VIII – *da execução da decoração e jardinagem, do corte e poda de árvores, no caso dos serviços descritos no subitem 7.11 da lista anexa;*

IX – *do controle e tratamento do efluente de qualquer natureza e de agentes físicos, químicos e biológicos, no caso dos serviços descritos no subitem 7.12 da lista anexa;*

X – *(*Vetado.*)*;

XI – *(*Vetado.*)*;

XII – *do florestamento, reflorestamento, semeadura, adubação e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.16 da lista anexa;*

XIII – *da execução dos serviços de escoramento, contenção de encostas e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.17 da lista anexa;*

XIV – *da limpeza e dragagem, no caso dos serviços descritos no subitem 7.18 da lista anexa;*

XV – *onde o bem estiver guardado ou estacionado, no caso dos serviços descritos no subitem 11.01 da lista anexa;*

XVI – *dos bens ou do domicílio das pessoas vigiados, segurados ou monitorados, no caso dos serviços descritos no subitem 11.02 da lista anexa;*

XVII – *do armazenamento, depósito, carga, descarga, arrumação e guarda do bem, no caso dos serviços descritos no subitem 11.04 da lista anexa;*

XVIII – *da execução dos serviços de diversão, lazer, entretenimento e congêneres, no caso dos serviços descritos nos subitens do item 12, exceto o 12.13, da lista anexa;*

XIX – *do Município onde está sendo executado o transporte, no caso dos serviços descritos pelo subitem 16.01 da lista anexa;*

XX – *do estabelecimento do tomador da mão* de obra *ou, na falta de estabelecimento, onde ele estiver domiciliado, no caso dos serviços descritos pelo subitem 17.05 da lista anexa;*

XXI – *da feira, exposição, congresso ou congênere a que se referir o planejamento, organização e administração, no caso dos serviços descritos pelo subitem 17.10 da lista anexa;*

XXII – do porto, aeroporto, ferroporto, terminal rodoviário, ferroviário ou metroviário, no caso dos serviços descritos pelo item 20 da lista anexa.

§ 1.º *No caso dos serviços a que se refere o subitem 3.04 da lista anexa, considera-se ocorrido o fato gerador e devido o imposto em cada Município em cujo território haja extensão de ferrovia, rodovia, postes, cabos, dutos e condutos de qualquer natureza, objetos de locação, sublocação, arrendamento, direito de passagem ou permissão de uso, compartilhado ou não.*

§ 2.º *No caso dos serviços a que se refere o subitem 22.01 da lista anexa, considera-se ocorrido o fato gerador e devido o imposto em cada Município em cujo território haja extensão de rodovia explorada.*

§ 3.º *Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no local do estabelecimento prestador nos serviços executados em águas marítimas, excetuados os serviços descritos no subitem 20.01.*

Art. 4.º ***Considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional,*** *sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.*

Nos termos do transcrito, uma primeira leitura afasta dúvidas e exterioriza a posição do legislador, de ter adotado uma ***regra*** no *caput* do art. 3.º e estabelecendo exceções nos incisos abaixo. Por essa ***regra***, fica fixado que o ***ISS é devido no local do estabelecimento do prestador, e, na falta de estabelecimento, no local de seu domicílio***, ficando ressalvados de tal regra alguns serviços, os listados no rol de incisos abaixo. E, em seguida, para eliminar dúvidas, o art. 4.º conceitua o que se deve entender por ***estabelecimento prestador***, visto que é no Município onde este se fixar que deverá ser pago o imposto. E em tal conceito afirma que é o *"local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional..."*. Logo, de se perceber que a lei procura adotar como regra o direito de cobrar ISS em favor do município onde se fixa o estabelecimento do prestador de serviços, e não o do município onde o serviço é executado, o que se excepciona nos casos dos incisos do art. 3.º.

No presente caso concreto, o serviço executado pelo autor é o serviço de ***transporte***, que consta expressamente citado no ***inciso XIX*** do referido art. 3.º, onde fica expressamente determinado que o ***imposto é devido no local em que o serviço de transporte é prestado***. Nesse desiderato, a parte deverá recolher o ISS em favor do município do Rio de Janeiro, capital, e não em favor do município de Niterói, onde tem fixado seu estabelecimento, pagando o valor mais caro dentre os dois que foram exigidos, no caso, o valor de R$ 5.000,00.

Ciente de que seria possível impetrar mandado de segurança ou mesmo fazer uso da ação ordinária anulatória em face do lançamento procedido pela Fazenda niteroiense e apenas pagar o valor cobrado pela Fazenda da capital, o contribuinte opta por ajuizar a presente ação consignatória, disponibilizando os R$ 5.000,00 (cinco mil reais) exigidos pelo fisco do Rio de Janeiro, para evitar a necessidade de ter que brigar em outra ação e nesta, eventualmente, não conseguir deferimento de medida liminar, o que lhe obrigaria a *depositar o montante integral exigido* para fins de suspender a exigibilidade do crédito e evitar a execução fiscal. Logo, correr-se-ia o risco de se proceder ao pagamento do valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) ao município do Rio de Janeiro e ainda assim continuar sujeito a eventual necessidade de se proceder ao depósito de R$ 2.000,00 (dois mil reais) no curso da ação anulatória ajuizada em face da Fazenda interiorana. Nesse cenário, mostra-se mais vantajoso o uso da ação consignatória, citando os dois municípios como litisconsortes e pedindo em juízo o deferimento do depósito e a homologação do mesmo, declarando extintas ambas as obrigações ao final e imputando o direito de recebimento a quem seja realmente merecido; e, durante o processo, ficam suspensas as exigibilidades de ambos os créditos impedindo-se qualquer das duas execuções fiscais, sendo essa realmente a intenção da parte.

Por todo o exposto, vem então o autor, respeitosamente, formalizar os seguintes pedidos:

IV – DO PEDIDO

a) que seja autorizado o depósito do valor indicado, nos termos do art. 893, I, do CPC;

b) que sejam citadas as duas municipalidades, nas pessoas de seus representantes, nos termos do art. 893, II, c/c o art. art. 895 do CPC, em litisconsórcio passivo necessário, nos termos do art. 47 do CPC;

c) que no curso do processo se considere suspensa a exigibilidade de ambas as cobranças nos termos dos arts. 151, II, c/c o art. 164, § 2.º, do CTN;

d) que ao final do processo ambos os créditos cobrados possam ser declarados extintos, na forma do art. 156, VIII e X, do CTN;

e) a restituição do valor excedente, corrigido e atualizado, caso seja compreendido que o tributo devido é o de menor valor;

f) a permissão para produção de todos os meios de prova cabíveis em direito, caso necessário;

g) a condenação da parte sucumbente ao pagamento de todas as verbas sucumbenciais e honorários advocatícios;

Dá-se a causa o valor __________________

Nestes Termos,

Pede Deferimento.

Local _______________ Data ___/___ / ______

Advogado _______________ OAB n.º _______

QUESTÃO 2

Carlos Vinha, engenheiro civil domiciliado no município de Florianópolis, tentou pagar o IPTU relativo ao imóvel de sua titularidade e no qual reside com sua família, no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), encontrando, entretanto, óbice que lhe impediu de realizar a conduta de adimplemento da dívida fiscal para com o Município. É que, ao chegar à casa lotérica onde é autorizado o procedimento de pagamento do imposto, vide convênio com a Fazenda Municipal, recebeu notícia de que o pagamento do IPTU só seria aceito se o contribuinte apresentasse o comprovante de quitação de todas as taxas cobradas nos últimos cinco anos relativas ao imóvel, fossem de competência municipal ou estadual, como, por exemplo, a taxa de lixo, a taxa de esgoto e a taxa de incêndio.

Indignado com a postura do fisco municipal e preocupado com o pouco prazo que ainda resta para pagar o IPTU sem se sujeitar aos consectários moratórios sobre o mesmo, resolve procurá-lo, solicitando-lhe que o ajude a conseguir pagar o imposto dentro do prazo legal, dado que na lotérica e nos bancos conveniados não consegue pagar e já ficou sabendo que os demais contribuintes estão enfrentando o mesmo problema. Carlos, seu novo cliente, quer pagar o imposto tempestivamente para não se sujeitar às multas e juros legais, e afirma-lhe que tem o montante em mãos para que você proceda judicialmente no caminho adequado para resolver o problema e satisfazer sua intenção de adimplir a dívida.

Na qualidade de advogado tributarista do referido contribuinte, ajuíze a ação adequada e fundamente seu pedido, formalizando-o.

RESOLUÇÃO DA QUESTÃO

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ___ Vara ____ da Comarca ___

Carlos Vinha (nacionalidade), (profissão), (estado civil), (documento de identidade e CPF), (domicílio e residência), vem, por

meio de seu advogado, procuração anexa com endereço para receber todas e quaisquer intimações, nos termos do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, na presença de V. Exa., com fundamento nos arts. 282, 890 e 893 do CPC, bem como arts. 151, II, 156, VIII, e 164, I, do CTN, propor a presente

AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

em face do MUNICÍPIO de FLORIANÓPOLIS (pessoa jurídica de direito público interno) / FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL

em razão dos fatos e fundamentos a seguir relatados:

I – DOS FATOS

O autor está encontrando dificuldade para conseguir pagar o IPTU do presente ano ao município de Florianópolis, o qual está condicionando o recebimento do pagamento do referido tributo e sua consequente quitação à comprovação de quitação dos valores relativos a cobranças de taxas municipais e estaduais relativas aos últimos cinco exercícios financeiros.

Inconformado com tal medida e não disposto a apresentar tais documentos para poder pagar sua dívida relativa ao IPTU do presente exercício financeiro de modo tempestivo, a qual se exprime no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), é que vem o contribuinte se valer da via da consignação em pagamento para poder adimplir sua prestação em dia, honrando seu compromisso e evitando ficar sujeito aos consectários moratórios em face do esgotamento do prazo para pagamento sem que o mesmo seja realizado. Nesse desiderato é que se ajuíza a presente ação, buscando-se o reconhecimento judicial do pagamento do tributo em comento.

II – DO DEPÓSITO

Disponibiliza-se a parte autora, nos termos do art. 893, I, do CPC, a proceder ao depósito em dinheiro do valor relativo ao montante integralmente exigido pela Fazenda credora após lançamento de ofício realizado mediante emissão de carnê remetido à parte, pelo que requer a expedição de guia e indicação de conta bancária para que se proceda ao mesmo, no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), para fins de imputar o efeito previsto no art. 151, II c/c o art. 156, VIII, ambos do CTN.

III – DO DIREITO

Ainda que não seja comum e habitual, possível ocorrer a indesejosa situação em que o devedor quer pagar, mas esbarra em exigências impostas pelo próprio credor, o qual, mediante tal postura, dificulta, quiçá impossibilitando o adimplemento por parte do devedor, que, voluntariamente e dentro dos ditames da boa-fé, procura satisfazer a prestação que lhe incumbe e libertar-se da exigibilidade da mesma.

Diante de tal quadro fático-jurídico é preciso destacar que o *pagamento* é instituto jurídico que delineia conduta material obrigacional de ***natureza híbrida***, conforme se depreende nas mais básicas lições de direito obrigacional privado e que se aplicam às relações de ordem pública, como a tributária por exemplo. Explique-se. É que, se de um lado o *pagamento* é um dever que se impõe em desfavor do devedor, por outro lado, ***é direito*** de quem figura no polo passivo da relação obrigacional. Além de ser um dever, o pagamento é um direito. Nesse viés, se por um lado o credor tem o direito de exigir de seu devedor que lhe pague, por outra perspectiva não lhe é de direito *impedir* que seu devedor pague. Ou seja, não é direito do credor impedir o exercício do direito de pagamento pelo devedor.

Pagar a dívida, e, em especial, ***tempestivamente***, liberta qualquer devedor da mora, eximindo-o de qualificar sua postura como a de um agente inerte e irresponsável, a qual, caso se materialize, imputa sobre seus ombros o ônus pesado e desgostoso de medidas sancionatórias, entre elas, a de tornar legítima a aplicação de juros moratórios, bem como a cobrança de multa de mora, o que, de fato, alargará o valor da sua dívida. Além de tais consequências daninhas, de caráter patrimonial, ampliando o limite quantitativo de seu débito, diversos efeitos secundários podem se materializar, todos eles prejudiciais ao devedor moroso, como a sujeição a medidas restritivas de direitos, cerceamento da prática de certas atividades, negação de acesso a créditos, inclusão de seu nome em cadastros públicos de inadimplentes, sem contar o constrangimento moral de saber que deve, que o prazo de pagamento já se exauriu e que não pagou ao seu credor, o que, de fato, afeta emocionalmente qualquer pessoa que nutre seu espírito com o sentimento de boa-fé.

Nesse contexto é direito do devedor poder pagar sua dívida em dia, afastando todas essas consequências altamente lesivas que decorrem do inadimplemento. A conclusão que se extrai por tal compreensão é a de que ***não é direito do credor obstar o pagamento voluntariamente oferecido pelo devedor***, dificultando-lhe o exercício do seu direito. Tal postura adotada por um credor atrai sobre si a pejorativa adjetivação de *abuso de direito*, o que nos termos declarados no art. 187 do Código Civil brasileiro chega a qualificar *ato ilícito* em uma relação obrigacional.

A inadmissibilidade de tal conduta *creditoris* se agrava quando esse credor é o Estado, ou seja, quando o que está em jogo é o pagamento de uma dívida em favor da Administração Pública. Segue-se a premissa de que o crédito público é irrenunciável, não se contemplando em hipótese alguma a conduta de se comprometer a viabilidade do recebimento de um crédito por parte do Estado, especialmente quando emana de dívida legítima e, pior, em casos nos quais o devedor declara a intenção de pagar. O Estado ***depende*** de arrecadar os valores que lhes são de direito, principalmente os que advêm de dívidas de impostos, o que se revela como sua ordinária e principal fonte de custeio. A Administração Pública tem gastos elevados, os orçamentos via de regra estão deficitários, a entrada de receitas é algo vital para que se propicie viabilidade na manutenção das políticas públicas. Dificultar o recebimento do crédito seria algo gravemente atentatório à dura realidade de tentativa de manutenção da gestão pública. Daí o correto veredicto de que se considera gravemente equivocada a postura de se obstar o pagamento de uma dívida em favor do Estado, ainda mais com todos os agravantes já antes citados. E, por assim ser, não se deve reconhecer eficácia, qualquer que seja a norma advinda da Administração ou do parlamento que se direcione a implementar tal situação. A geração da dificuldade de pagamento traz um risco gravíssimo ao Estado e impõe efeitos concretos terríveis, os quais podem até ser geradores de prejuízos irreversíveis. Por tal certeza é que não se pode crer na legitimidade de tais mandamentos, reconhecendo-se sua inidoneidade e afetando-se de pleno sua eficácia.

Nesse desiderato é que o ordenamento jurídico contempla em favor do devedor o manuseio da ***ação consignatória***, o que, no fundo, dentro de uma reflexão ponderada, permite entender que até mesmo ao credor se gera favorecimento.

O procedimento especial para manuseio de tal intento se mostra disciplinado nos arts. 890 a 900 do CPC. E, na seara tributária, o Código Tributário Nacional expõe em seu art. 164 o reconhecimento da legitimidade de uso de tal via pelos contribuintes, afirmando ainda, no art. 156, VIII, que a esfera de conduta em comento conduz à extinção do crédito tributário quando adequadamente utilizada.

O referido art. 164 do CTN elenca em seus três incisos as situações nas quais seria possível a um contribuinte utilizar a ação consignatória. E, no primeiro inciso, dispõe ser cabível a ação em tela sempre que houver recusa ao recebimento por parte do credor, especialmente quando tal postura se estampa mediante a subordinação do pagamento da dívida que se pretende adimplir ao pagamento de outro tributo. Nestes termos, confirme-se:

> ***Art. 164***. *A importância de crédito tributário pode ser consignada judicialmente pelo sujeito passivo, nos casos:*
>
> ***I –*** *de recusa de recebimento, ou subordinação deste ao pagamento de outro tributo ou de penalidade, ou ao cumprimento de obrigação acessória;*

O que está ocorrendo, de fato, no presente caso, é exatamente uma situação como a modulada no ora citado art. 164, I, do Codex Nacional. A parte está tentando adimplir voluntariamente o IPTU ainda dentro do prazo, mas está esbarrando na postura do credor de subordinar o recebimento de tal pagamento à apresentação de documento de quitação onde se comprove o pagamento de outros tributos, no caso concreto, taxas ligadas ao imóvel, como a taxa de lixo, a taxa de esgoto e a taxa de incêndio.

Por todo o exposto, resta evidente o direito do contribuinte de ajuizar a presente ação consignatória para conseguir pagar o referido IPTU em favor do município de Florianópolis pela via judicial, libertando-se dos iminentes consectários moratórios e livrando-se de ficar sujeita à rotulação de inadimplente, exercendo seu direito e ao mesmo tempo cumprindo seu dever. Nesses termos é que formaliza os seguintes pedidos:

IV – DO PEDIDO

a) que seja autorizado o depósito do valor indicado, de R$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 893, I, do CPC;

b) a citação do réu na pessoa de seu representante para reconhecer a dívida e levantar o montante ou oferecer resposta, se for o caso, nos termos do art. 893, II, do CPC;

c) que seja homologada a consignação e declarados extintos a obrigação e o crédito, nos termos dos arts. 269, I, CPC e 156, VIII, CTN;

d) que no curso do processo se considere suspensa a exigibilidade do crédito, nos termos do art. 151, II c/c o art. 164, § 2.º, do CTN;

e) a permissão para produção de todos os meios de prova cabíveis em direito, caso necessário;

f) a condenação da parte sucumbente ao pagamento de todas as verbas sucumbenciais e honorários advocatícios;

Dá-se a causa o valor __________________

Nestes Termos,

Pede Deferimento.

Local _______________ Data ___/___ / ______

Advogado _______________ OAB n.º _______

TÍTULO VI
DEFESAS DO EXECUTADO

CAPÍTULO I
EXECUÇÃO FISCAL E DEFESAS DO EXECUTADO

1. AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL. CONCEITO

A ação de **Execução Fiscal** é o veículo pelo qual o *fisco* se dirige ao Poder Judiciário para pleitear a tutela jurisdicional satisfativa de um crédito inadimplido de sua titularidade, seja ele um **crédito tributário** ou não. Por meio da referida ação, o credor, portando um título executivo (no caso, extrajudicial), almeja obter judicialmente aquilo que não conseguiu extrajudicialmente, ou seja, a satisfação do seu crédito, procurando impor ao devedor que definitivamente venha a adimplir o débito ou então que suporte o despejo sobre o seu patrimônio da força constritiva oriunda dos atos judiciais emanados do processo executivo. É, portanto, a referida ação a ferramenta processual adequada para viabilizar ao credor a tentativa de receber, pela via judicial, os valores devidos pelo sujeito passivo da relação de direito material ensejadora do seu direito creditório, os quais não foram adimplidos fora do habitat judiciário.

A ação de **Execução Fiscal** é, como qualquer outra, uma ação executiva, assim como o é a ação que promove a Execução Civil, a Execução Trabalhista etc. Tem, todavia, suas particularidades, assim como não é diferente em alguns outros campos em que demandas executivas gozam de microssistemas normativos especiais. E, por tratar de execução de débito de destacada importância, especialmente em razão de quem seja o titular do crédito, a **Execução Fiscal** recebe tratamento normativo próprio, pelo que é objeto de uma lei especial que a disciplina com particularidades, de sorte que as regras gerais que ditam os proclames condutores dos processos executivos em geral somente lhes são aplicadas em caráter subsidiário, ainda que se apliquem, mas sempre respeitando, frise-se, a especialidade das normas próprias insculpidas na **Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/1980)**, as quais regem, com prioridade, a referida execução, a qual é tratada pela doutrina e pela jurisprudência como uma *modalidade especial de execução autônoma* dentro da estrutura do

processo civil brasileiro.

2. NATUREZA DA AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL

Quanto a sua natureza, oportuno registrar que a **Execução Fiscal** é **meio autônomo de instauração de um processo executivo**. Logo, não leva à instauração do chamado "módulo executivo posterior ao módulo de conhecimento" dentro de um processo já em andamento, iniciado após a prolação da sentença condenatória expedida no julgamento do módulo de cognição, consagrando aquela que foi por muitos apelidada de "execução incidente". Não. Cuida-se de impulso à formação de um **processo novo, originário**, não atrelado a um processo anterior em que se buscou conhecer a relação de natureza material para apurar a existência de dívida líquida, certa e exigível, e então proferir o provimento jurisdicional condenatório e factível de exequibilidade.

Como se percebe, trata-se, no caso em análise, de meio próprio destinado a dar ensejo e formação a um processo novo, inaugurando o feito no Judiciário, o que é oportuno quando o exequente é portador de um título executivo extrajudicial, como é o caso das Execuções Fiscais, em que seus autores portam títulos edificados fora do Judiciário, não tendo seu conteúdo emanado de uma sentença judicial de natureza condenatória e força executiva. Afasta-se aqui a ideia do que se vem chamando de **"processo sincrético"**, somando as fases cognitiva e executiva em uma mesma ação, modulada em diferentes "módulos processuais".

3. OBJETO DA EXECUÇÃO FISCAL

Importante frisar que a ação de **Execução Fiscal** é a ação destinada a promover a execução de dois grupos de débitos: de um lado, a **execução de dívidas tributárias** (impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais); de outro lado, a **execução de dívidas não tributárias nas quais seja credora a Fazenda Pública**. Ou seja, a Execução Fiscal é a ação adequada não apenas para a cobrança de dívidas tributárias, mas, também, para a cobrança de todos os valores que ensejam créditos em favor da Fazenda Pública (ex.: multas administrativas, como multas de trânsito, multas por desrespeito aos deveres de postura perante a Administração Pública, foros, laudêmios, preços públicos etc.). Constate-se, portanto, que, ainda que a referida ação não se destine unicamente à execução de débitos tributários, correto afirmar que **os créditos tributários inadimplidos são exequíveis mediante o ajuizamento da Execução Fiscal**.

4. SISTEMA NORMATIVO. ESPECIALIDADE E GENERALIDADE. LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS E CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O fato de ser a Execução Fiscal uma modalidade especial de execução clama a atenção redobrada

do estudioso e operador da matéria, pois, não raro, diversas contendas surgem exatamente pelo fato de que, diante desse caráter de *especialidade*, a referida modalidade executiva **goza de normas próprias, as quais, quando colidentes com as normas gerais, prevalecem, afastando estas últimas**. Daí ser preciso sempre muita atenção para jamais se desviar da certeza de que **as normas gerais destinadas a regular a execução civil somente se aplicam à execução fiscal quando não houver norma especial de sentido diverso destinado a disciplinar o mesmo tema.** Em outras palavras, é dizer: sempre que houver colisão prevalecerá a norma especial restando afastada a norma geral. Do mesmo modo, sempre que não houver norma especial, avaliar-se-á a possibilidade de aplicar as normas gerais, e, não havendo qualquer incompatibilidade com o sistema especial traçado para reger os executivos fiscais, haverá de se aplicar o comando normativo geral, o qual goza de aplicação subsidiária, como suprafrisado. É por isso que reconhece que **em sede de Execução Fiscal se aplicam as normas da Lei 6.830/1980 ("LEF"), somente se utilizando as normas do CPC subsidiariamente, naquilo que a LEF não disciplinar de modo diverso e desde que não seja incompatível com a estrutura do sistema nela traçado.**

5. A TRILOGIA CRONOLÓGICA: FASE PRÉ-EXECUTIVA, FASE EXECUTIVA E FASE DAS DEFESAS DO EXECUTADO

Almejando aumentar a qualificação da capacidade perceptiva do leitor, cremos ser oportuno tecer algumas breves considerações neste tópico, as quais, por certo, permitirão uma visão organizada do fenômeno que envolve a Execução Fiscal, especialmente no que diz respeito ao aspecto cronológico, propiciando uma compreensão capaz de enxergar a existência de três diferentes fases, as quais se constroem de modo sequenciado, em distintos momentos, atraindo um conjunto de normas próprias sobre cada uma delas. É o que chamamos de trilogia cronológica da execução fiscal, descortinando-se uma fase inicial que denominamos de **fase pré-executiva**, até que se chegue em um segundo momento inaugurando a chamada **fase executiva**, para que, enfim, se possa, a depender da postura e do interesse do executado, ser desfraldada a terceira fase, qual seja a **fase das defesas do executado**.

Ao longo deste capítulo, apresentaremos comentários a respeito dos tópicos de maior relevo em cada uma dessas etapas, destacando, por ora, em caráter meramente preliminar, apenas algumas breves digressões. Comentemos.

A chamada **fase pré-executiva** é aquela que, antecedendo o ajuizamento da ação de Execução Fiscal, apresenta os **atos e procedimentos preparatórios para a Execução Fiscal**, viabilizando que a mesma seja proposta de modo válido. Em tal fase, de procedimento guiado pela própria Fazenda, busca-se, administrativamente, a verificação da existência da dívida, a comprovação dos atributos que permitem sua exequibilidade (liquidez, certeza e exigibilidade) e a formação do título executivo, sem o qual é inviável qualquer possibilidade de êxito na via judicial executória. Tal fase se inicia com a instauração do procedimento administrativo de verificação da legalidade do débito (o

“controle interno de legalidade”), passa pela lavratura do **termo de inscrição em dívida ativa** (caso realmente se constate que existe dívida **líquida, certa e exigível**) e se encerra com a instrução da petição inicial, inserindo-se na peça vestibular a **Certidão de Dívida Ativa** (CDA), que é o título executivo extrajudicial lastreador da pretensão executiva do fisco credor. Na Lei 6.830/1980, oportuna a leitura dos arts. 2.º e 3.º, assim como, no CTN, dos arts. 201 a 204.

Ajuizada a ação de Execução Fiscal, inaugura-se o segundo momento, instaurando-se a chamada **fase executiva**, restando, por certo, encerrada a extrajudicial fase pré-executiva. A fase executiva é aquela em que o exequente propõe a demanda, apresenta em juízo seu título, faz o requerimento da citação do executado e oportuniza a ele a chance de pagar a dívida ou, caso prefira, se defender, impugnando a pretensão executória deflagrada pelo autor da ação, fazendo uso de uma das defesas do executado. Tal fase se encerra exatamente quando o demandado opta por impugnar a execução, quando então se inicia a terceira fase, que nominamos como fase das **defesas do executado**, a qual, a bem da verdade, é apenas um prolongamento daquela que chamamos “fase executiva” (afinal, o processo de execução ainda está em curso).

Na **fase executiva**, recebida a petição inicial pelo juiz competente para julgar a execução, e não havendo vícios aparentes que justifiquem seu indeferimento, o magistrado deferi-la-á, proferindo o chamado **despacho citatório**, ordenando que se proceda à **citação do executado**. Na Lei 6.830/1980 o art. 7.º c/c o art. 8.º, § 2.º, anunciam os efeitos decorrentes do ato inaugural da autoridade julgadora, assim como o art. 8.º disciplina o procedimento citatório.

Citado o executado, pode ele assumir diferentes posturas, as quais podem ser agrupadas dentro de três perspectivas: primeiramente, pode pretender adimplir a dívida, reconhecendo-a (quando pode então proceder ao pagamento do débito, ou, sendo o caso e havendo autorização legal, pedir o parcelamento da dívida); em uma segunda vertente, pode optar por impugnar a demanda, opondo sua resistência, valendo-se das ferramentas processuais adequadas (em regra, por meio do ajuizamento da Ação de Embargos do Executado ou então mediante a oposição de Exceção de Pré-Executividade); por fim, em uma terceira linha opcional, pode apenas silenciar, permanecendo inerte, não procurando adimplir nem mesmo se opondo à cobrança, quando então submeterá seu patrimônio (caso possua) à via forçada da penhora.

Caso opte por se defender, inaugura-se uma nova fase na trilogia da Execução Fiscal, que é a fase das **defesas do executado**, quando então um novo conjunto de atos se pratica e um novo acervo de normas passa a reger o feito, até que então possa o juiz da causa julgar o feito e decidir quanto à impugnação feita, acolhendo-a ou negando provimento aos pedidos externados pelo executado embargante/excipiente.

Por fim, prolatada a sentença, ainda é possível cogitar o que poderíamos chamar de uma “quarta fase”, que seria a fase **recursal**, a qual, todavia, somente se erguerá se a parte a quem o provimento jurisdicional final desfavorecer realmente optar por impugná-lo, o que em regra se faz mediante recurso de apelação, salvo nas causas de valor inferior à alçada firmada no art. 34 da Lei 6.830/1980, quando o recurso cabível é o recurso de embargos infringentes de alçada, ou, ainda, quando se trate de execução ajuizada por Município em face de Estado estrangeiro ou organismo

internacional, quando então a peça recursal adequada será o Recurso Ordinário Constitucional, máxime a norma do art. 105, II, "c" da Constituição, combinada com aquela que deriva do art. 539, II, do CPC.

6. LEGITIMADOS ATIVOS PARA A PROPOSITURA DA EXECUÇÃO FISCAL

A ação de **Execução Fiscal** pode ser proposta tanto pelos **entes federativos** (União, Estados membros, Distrito Federal e Municípios) como, respeitadas algumas considerações e divergências, pelas **pessoas jurídicas que integram a Administração Pública Indireta** dos respectivos entes (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista).

Para ser legitimado a fazer uso do procedimento especial direcionado para os executivos fiscais, o credor deve estar autorizado pelo sistema jurídico, não sendo facultado a qualquer portador de um crédito inadimplido fazer uso do referido procedimento especial.

E natural titular do direito de se amparar no procedimento especial erguido na Lei 6.830/1980 é o **ente político**, pessoa federativa, titular de autonomia dentro da Federação. Trata-se, por evidência, da União, de qualquer dos Estados-membros, do Distrito Federal, assim como de todo e qualquer município. Esses são, sem sombra de dúvida, os legitimados por excelência para o ajuizamento de execuções fiscais.

O debate ganha contornos de aridez quando se passa a analisar a extensão dessa legitimação às entidades integrantes da Administração Indireta desses entes federativos, as quais, como pessoas jurídicas que são, dotadas de personalidade jurídica e patrimônio próprios, podem, em certas situações, ser titulares de direitos creditórios oponíveis aos administrados, inclusive, em particulares casos, de natureza tributária. Daí, nessas hipóteses, surgir discussão a respeito de se entender se tais pessoas seriam ou não legitimadas ao uso da execução fiscal ou se deveriam cobrar seus créditos inadimplidos manejando a execução civil.

Tratando-se de **autarquias**, não há qualquer discrepância de entendimento, pois, quanto a tais pessoas, o próprio legislador estendeu a legitimação (vide regra insculpida no sítio legal de número um da Lei 6.830/1980, que expressamente afirma poderem as entidades autárquicas se amparar na normatização específica apresentada pelo diploma legal em comento). E, para fins práticos, não é diferente, sendo certo que tais modalidades de pessoas jurídicas de direito público interno fazem uso do procedimento especial da **Execução Fiscal** para demandarem seus devedores. É o que se percebe, a título de exemplo, quando se observa a propositura de demandas executivas fiscais por parte do INSS, ou dos Conselhos Autárquicos Profissionais, e assim em diante. Por oportuno, aproveitamos para transcrever ao leitor o referido artigo primeiro da Lei 6.830/1980:

> **Lei 6.830/1980, art. 1.º** A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios **e respectivas autarquias** será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil (grifo nosso).

A polêmica que se instaura é exatamente no que diz respeito à extensão da legitimação às **demais entidades de natureza não autárquica**, uma vez que, como lido na transcrição supramencionada, o legislador só conferiu a prerrogativa às **entidades autárquicas**. Daí surgir a indagação: **estariam as**

fundações públicas, as empresas púbicas e as sociedades de economia mista amparadas na prerrogativa de executarem seus débitos fazendo uso do procedimento especial das Execuções Fiscais ou deveriam propor suas demandas com base no regramento atinente às execuções civis?

Bem, não obstante haja, de fato, ponto de divergência dividindo a opinião dos estudiosos, algumas conclusões parecem inarredáveis, pelo que temos a nossa segura e convicta opinião pessoal no sentido de que **a legitimidade ativa se estende às fundações públicas com personalidade de direito público** (que nada mais são do que espécies do gênero "autarquias" – não por acaso são chamadas de "fundações autárquicas" ou então de "autarquias fundacionais"). Do mesmo modo, entendemos **ser possível**, desde que **observadas algumas especialidades**, também **estender a legitimação ativa a algumas empresas públicas e sociedades de economia mista**, quais sejam, aquelas que venham a ser **instituídas para prestar atividade típica de Estado, e não atividade econômica**, pois, conforme entendimento dominante na melhor doutrina atual (e encampado pelo próprio STF), tais instituições, apesar da forma de "empresa", possuem inequívoca **natureza autárquica**, razão pela qual o STF vem reconhecendo, nos diversos aspectos em que vem sendo questionado, ser correta (e devida) a aplicação do regime próprio das autarquias a tais instituições, especialmente nos aspectos tributários (vide os famosos *cases* em que reconheceu o direito de gozo d a **imunidade tributária recíproca** por parte de empresas públicas federais como a **ECT**, a **INFRAERO** e a **Casa da Moeda do Brasil – CMB**). Ora, se o mais excelso pretório entende, para fins de reconhecer o gozo da imunidade tributária, a **natureza autárquica** das **empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam atividade tipicamente administrativa**, não haveria razão coerente para negar o direito de cobrarem seus eventuais créditos fazendo uso do procedimento especial projetado para viabilizar a entidades autárquicas demandarem seus devedores. Pelos mesmos fundamentos, e mais uma vez reconhecendo a natureza autárquica, dever-se-ia admitir que **empresas públicas e sociedades de economia mista de natureza autárquica** (todas as que são constituídas para prestarem serviços típicos de Estado, e não para prestarem atividade econômica, escapando no nicho do art. 173 da CRFB/1988) **são legitimadas ao uso do procedimento especial da Execução Fiscal**.

A nosso pensar, o único raciocínio correto é o que descortina a conclusão ensinando que, **se o regime jurídico a que a entidade da Administração Indireta se submete é o regime de direito privado, deve se submeter às regras da execução civil**; **todavia, se o regime jurídico a que se vincula é o regime de direito público, estará apoiada no direito de fazer uso do sistema normativo especial das Execuções Fiscais**.

A conclusão derradeira que emana de nosso pensar é no sentido de que o acesso à Execução Fiscal deve ser negado às fundações públicas com personalidade de direito privado, bem como a todas as empresas públicas e sociedades de economia mista submetidas ao mesmo regime, o de direito privado. Dessa feita, sempre que o Estado constituir uma pessoa jurídica de direito público para que ela atue no âmbito da atividade econômica, não deve ser reconhecido a tais pessoas o direito de utilizarem a Execução Fiscal para que cobrem seus créditos em juízo, pois elas, não obstante criadas pelo Estado, trafegam na órbita dos particulares, submetendo-se, como bem define o próprio art. 173,

ao mesmo regime jurídico regente da atividade econômica. Ao contrário, se a pessoa jurídica instituída se projeta para desenvolver função pública, para prestar serviço próprio da Administração, não nos resta dúvida de que a ela deve ser estendido o "regime jurídico autárquico", que é o regime idealizado para reger as pessoas que se propõem a atuar como se fossem o próprio Estado, *longa manus*. E, por assim ser, entendemos que, independentemente da nomenclatura e da forma estrutural adotada, **deve-se estender a todas as pessoas da Administração Indireta que atuem no regime público o direito de utilizarem o procedimento especial das Execuções Fiscais**. Friso, todavia, com a responsabilidade que não pode faltar, que tal previsão não consta expressa no texto da Lei 6.830/1980, a qual, como visto, só fez referência à expressão "autarquias" no seu art. 1.º.

Por fim, merece comento e citação a aplaudível postura do legislador ordinário quando da disciplina normativa da execução de créditos tributários de natureza previdenciária, quando expressamente fez menção às **fundações públicas** como possíveis exequentes em ações de Execução Fiscal. Na Lei 8.212/1993, diploma normativo que tece as disposições gerais aplicáveis à política de custeio previdenciário (no que abrange as Contribuições Sociais Previdenciárias – que possuem natureza **tributária)**, o legislador, disciplinando o tema específico referente à possibilidade de o exequente nomear bens do executado à penhora quando da propositura da ação de **Execução Fiscal**, tratou como exequentes tanto a União como suas autarquias **e fundações públicas**. Vide texto expresso estampado no art. 53 da mencionada Lei 8.212/1993, o qual pedimos vênia para transcrição:

> **Lei 8.212/1993, art. 53.** Na execução judicial da dívida ativa da União, suas autarquias **e fundações públicas**, será facultado ao exequente indicar bens à penhora, a qual será efetivada concomitantemente com a citação inicial do devedor (grifo nosso).

7. LEGITIMIDADE PASSIVA NA EXECUÇÃO FISCAL

Ainda que tenha se omitido o legislador na missão de disciplinar temas de maior nevralgia no que diz respeito ao polo passivo processual nas execuções fiscais, por exemplo, a análise do cabimento (ou não) do procedimento de intervenção de terceiros, o instituto do litisconsórcio, da substituição processual, entre outros, pelo menos apresentou, no seu art. 4.º, rol de pessoas indicadas como possíveis sujeitos passivos a serem demandados pelo exequente. E, ao tomar tal medida, assegurou ser legítimo que tais sujeitos possam ter seus nomes inseridos no título executivo, possam ser citados para integrarem o polo passivo no processo executivo e possam, o que é de maior relevo, ter seus bens pessoais atingidos pela força dilapidadora da demanda executória.

Nesse viés, define o citado artigo que podem ser sujeitos passivos algumas pessoas **além do próprio devedor**, o qual, evidentemente, é o primeiro sujeito a que fez referência o legislador. Desse modo, afirmou-se no rol de seis incisos do art. 4.º que, além do principal devedor, também podem ser considerados sujeitos passivos o **fiador**, o **espólio**, a **massa falida**, o **responsável** e os

sucessores a qualquer título. Aproveitamos para transcrever o citado art. 4.º da Lei 6.830/1980 com os seus três primeiros parágrafos, atinentes ao tema da sujeição passiva:

> **Lei 6.830/1980, art. 4.º** A execução fiscal poderá ser promovida contra:
>
> **I –** o devedor;
>
> **II –** o fiador;
>
> **III –** o espólio;
>
> **IV –** a massa;
>
> **V –** o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado; e
>
> **VI –** os sucessores a qualquer título.
>
> § 1.º Ressalvado o disposto no artigo 31, o síndico, o comissário, o liquidante, o inventariante e o administrador, nos casos de falência, concordata, liquidação, inventário, insolvência ou concurso de credores, se, antes de garantidos os créditos da Fazenda Pública, alienarem ou derem em garantia quaisquer dos bens administrados, respondem, solidariamente, pelo valor desses bens.
>
> § 2.º À Dívida Ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial.
>
> § 3.º Os responsáveis, inclusive as pessoas indicadas no § 1.º deste artigo, poderão nomear bens livres e desembaraçados do devedor, tantos quantos bastem para pagar a dívida. Os bens dos responsáveis ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação da dívida.

Uma primeira observação importante a ser registrada é no sentido de que fica afastada a discussão a respeito de ser possível propor execuções fiscais em face de entes despersonalizados como o **espólio** e a **massa falida**, restando assegurada pelo legislador de modo expresso tal possibilidade. No nosso entender, todavia, seria desnecessária tal previsão, afinal, se já resta previsto que a execução pode ser movida contra o **devedor** (inciso primeiro) ou contra o **responsável legal** (inciso quinto), qualquer situação específica já ficaria abrangida por tal previsão genérica. Nesse viés, bastaria compreender, no caso concreto, se realmente se estaria diante de uma situação em que o fato gerador da relação tributária e do respectivo débito inadimplido a ser executado gerasse responsabilização ao espólio (ex.: dívida surgida no curso do inventário) ou à massa falida (ex.: débito fiscal decorrente de fato gerador ocorrido no curso do processo falimentar), pelo que os incisos I e V do art. 4.º da Lei 6.830/1980 já autorizariam a execução ajuizada em face de tais entes despersonalizados. Do mesmo modo, também desnecessária a inserção do inciso VI que faz referência aos "sucessores a qualquer título", já que a "sucessão tributária" nada mais é do que uma das modalidades de "responsabilização tributária", sendo o "sucessor" um "responsável legal", o que também já restaria incluso na previsão do inciso V. De valia, pelo menos, apesar da crítica, o fato de que fica encerrado o debate a respeito de se poder ajuizar a execução em face do espólio e da massa falida. É plenamente possível de modo que, quanto a dívidas decorrentes de fatos geradores materializados no curso dos processos de inventário e falência, tais seres sem personalidade jurídica devem ser colocados no polo passivo da demanda, sendo incorreto negar a qualidade de réus para tais entidades, o que significaria desprezar a regra especial fincada no art. 4.º da LEF.

Ponto a destacar e que merece máximo relevo é o seguinte: **que a Execução pode ser movida em face do devedor, parece óbvio. A questão é: como identificar quem realmente é o devedor?** Daí

surgir a necessidade de diferenciar dois personagens: de um lado, o **“executável”** (que é o legítimo devedor e aquele em face de quem realmente a Fazenda pode propor a demanda) e, de outro, o **“executado”** (aquele em face de quem efetivamente foi proposta a demanda). Isso porque **nem sempre a execução será proposta em face de quem realmente seja o devedor**, pelo que, quando tal feito se materializa, abre-se espaço para a chamada **“defesa de ilegitimidade passiva”**, advocacia pró-contribuinte exercida com habitualidade na militância forense, pois, não raro, a Fazenda erra na imputação do débito, cobrando daquele que não é o real responsável pela dívida (nem na qualidade de contribuinte nem na condição de responsável legal).

Observe-se, no acompanhamento do raciocínio suprafirmado, a importância de se **ter conhecimento das normas de direito material tributário que definem quem realmente é o sujeito passivo da relação jurídica material obrigacional tributária**. Perceba-se que, mais do que importante, é **necessário** conhecer as leis que instituem e disciplinam cada tributo, bem como as normas gerais oriundas de leis complementares que estabelecem parâmetros e limites para que possa o legislador ordinário definir a sujeição passiva (art. 146, III, “a”, CRFB/1988), para que então se analise, caso a caso, se de fato a pessoa que foi considerada pela Fazenda exequente é o sujeito passivo. Desse modo, caso se perceba que o credor errou na identificação do sujeito passivo, poderá o **executado** que não era verdadeiramente **executável** se fazer valer das ferramentas processuais de **defesas do executado** para alegar como tese de defesa a sua **ilegitimidade passiva**, demonstrando que, não obstante tenha sido o **executado**, ele não era o **executável**.

Em tais situações, as quais, reitere-se, são de costumeira habitualidade na prática, o executado não tem o ônus de questionar a legitimidade da dívida, mas apenas o de demonstrar que **não é ele o legitimado passivo.** Em outras palavras, analisar se a dívida realmente existe, se o fato gerador realmente aconteceu, se a conduta tributada é ou não fato típico, se já houve ou não prescrição, **não é ônus do executado que não era executável**, de modo que bastar-lhe-á provar, nos termos das regras regentes da relação material, a sua **ilegitimidade passiva**, comprovando que o sistema normativo quando corretamente interpretado não autorizaria concluir que seria a ele imputado o *status* de devedor, seja como contribuinte ou como responsável legal.

Outro ponto que merece destaque vem no sentido de que somente pode ser incluído no polo passivo da execução fiscal aquele que teve seu nome incluso no título executivo. Em outras palavras, significa que, se a Fazenda não incluiu na CDA o nome de certa pessoa, não pode requerer a citação dela na qualidade de executada. E a razão é simples para tal vedação: não permitir que seja citado na qualidade de executado (com curto prazo para pagar a dívida ou garantir o juízo caso pretenda embargar a execução) alguém que sequer teve a oportunidade de se defender extrajudicialmente, contestando a cobrança que eventualmente entenda ser indevida. É que se presume que, para que o nome de certo sujeito conste na CDA, ele deve ter sido incluso no termo de inscrição em dívida ativa, e, nesses moldes, presume-se que ao contribuinte deve ter sido dada oportunidade de defesa extrajudicial antes do ato de inscrição do débito no livro de registro da dívida ativa. Nesse compasso, admitir a inclusão no polo passivo do processo de uma pessoa que sequer foi notificada administrativamente a respeito da dívida que agora é objeto da execução traduziria postura desproporcional, destoante do timbre da razoabilidade e sem harmonia com as garantias do

contraditório e da ampla defesa.

Ainda quanto à observação acima, de se acrescer que, se em certa execução, a Fazenda percebe que deveria demandar outra pessoa que não aquela(s) que tem(têm) seu nome no título executivo, **não pode fazer a emenda automática para inclusão direta e imediata dessa pessoa.** Não. Seria necessário notificá-la extrajudicialmente preventivamente, dando-lhe a oportunidade de questionar a dívida ou, sendo o caso, até mesmo, pedir um parcelamento do débito, sem que se sujeite à execução.

Não se pode ignorar que a impugnação administrativa ao ato de notificação para pagamento é gratuita, não submete o contribuinte a uma oneração de seu patrimônio, e, caso feita de modo regular e tempestivo, promove a suspensão da exigibilidade do crédito (art. 151, III, CTN) impedindo que esse contribuinte notificado impugnante possa ser executado pelo débito antes do encerramento do processo administrativo fiscal instaurado. Ao contrário, uma simples emenda automática da CDA incluindo o nome de um novo sujeito sem sequer lhe dar a oportunidade de defesa administrativa significaria impor-lhe de plano os efeitos da execução, especialmente os que decorrem da citação válida, sujeitando-lhe ao dever de no exíguo prazo de cinco dias (regra do *caput* do art. 8.º da Lei 6.830/1980) pagar a dívida para não ter seu patrimônio submetido à constrição, ou, na hipótese de querer se defender, ficar obrigado a certas exigências que não lhes seriam impostas se a defesa fosse feita fora do habitat judicial (ficaria obrigado a oferecer garantia do débito para poder embargar a execução caso a defesa fosse pela via dos Embargos do Executado ou, na hipótese de querer se defender por via da Exceção de Pré-executividade, não poderia depender de qualquer tipo de dilação probatória).

Quase sempre, o vício de **ilegitimidade passiva** decorre, como dito em linhas anteriores, do desrespeito às normas legais que impõem limites para a identificação do sujeito passivo. Uma primeira situação comum a ser exemplificada é aquela em que a Administração, por meio de atos normativos infralegais (decretos, portarias, instruções normativas), regulamentando a aplicação da lei tributária editada pelo ente federativo para viabilizar o exercício da sua competência tributária, manipula os limites definidos na lei, trazendo para o polo passivo da relação material pessoas que a lei não indicou para ali figurar. Não raro, tais instrumentos infralegais, no intento de proteger o interesse arrecadatório do ente federado, criam hipóteses de responsabilização para terceiros, sem que a norma tenha embasamento legal. Em tais situações, o que ocorre na prática é que os agentes públicos da administração tributária local terminam por notificar aquela pessoa a que o ato normativo viciado imputou o *status* de sujeito passivo, e, havendo inércia desse sujeito, termina por ocorrer a lavratura do termo de inscrição em dívida ativa, e a consequência é que o nome desse administrado acaba por ser incluso na CDA, e ele é citado na execução fiscal. Não há dúvidas que em tais situações o processo está todo viciado e desde a origem, pois não poderia o ato normativo secundário expedido pela autoridade executiva criar a situação de responsabilização tributária fora dos limites legais. E se indevida a normatização, indevida a cobrança, indevida a inscrição em dívida ativa, indevida a execução contra essa pessoa. Daí ser cabível a defesa desse executado alegando o vício de ilegitimidade passiva, cabendo-lhe apenas demonstrar a irregularidade da previsão normativa oriunda do ato infralegal, esclarecendo a sua incompatibilidade com as regras

legais de definição do sujeito passivo da relação tributária.

Em uma outra hipótese que pode ser aventada, e também de comum repetição na vida real, o vício emana da própria lei editada pelo ente federativo, a qual, muitas vezes, ao definir o sujeito passivo da relação tributária a ser gerada quando da incidência do tributo que está normatizando, viola limites impostos pelas **leis complementares nacionais de normas gerais**. Ora, como sabido, a Constituição reservou às leis complementares a missão de elaborarem as normas gerais para a edição da legislação tributária por parte dos entes federativos, e, dentre essas normas gerais, aquelas que definem o perfil dos tributos, e, quanto aos impostos em especial, ditas leis complementares devem, ao elaborar as normas gerais, definir o alcance e os contornos do fato gerador, da base de cálculo e do sujeito passivo. Ora, se assim o é, caso seja feita uma lei complementar definindo regras para a imputação da sujeição passiva, não podem as leis ordinárias instituidoras dos tributos violar tais limites emanados da lei complementar nacional padronizadora. Caso ocorra a colisão, estaremos não apenas diante de uma violação à própria lei complementar nacional, mas, verdadeiramente, à própria Constituição, seja por agressão ao postulado firmado no art. 146, III, "a" da Carta Mãe, seja em relação ao art. 24, I, §§ 1.º, 2.º e 4.º, CRFB/1988.

Por força do exposto nas palavras acima, fundamental que cada ente, quando estiver editando lei que regula a aplicação de certo tributo de sua competência, analise se existem normas gerais definidoras da sujeição passiva, e, caso a resposta seja positiva, que tenha o zelo de não violar tais regras. Caso viole, determinando a inclusão no polo passivo de pessoa que ali não está autorizada a ser inserida, poderá esse sujeito, caso executado, se defender na execução fazendo a **defesa de ilegitimidade passiva**, pedindo sua exclusão da demanda e a extinção da execução em relação à sua pessoa.

Na linha do comentado, exemplos de previsão em leis complementares nacionais de normas definidoras do perfil do sujeito passivo que podem ser citadas são as normas que constam no CTN (lei materialmente complementar, nacional e permeado de inúmeras normas gerais), quando em relação a diversos impostos indica quem pode ser considerado sujeito passivo. É o que ocorre, *v.g.*, nos arts. 31 e 34 em relação ao ITR e ao IPTU, ou no art. 42 (que se aplica atualmente, mediante procedimento interpretativo de "filtragem constitucional", para o ITBI e o ITCMD), ou no art. 45 para o Imposto de Renda, ou no art. 51 para o IPI e, ainda, no art. 66 para o IOF. Do mesmo modo, devem ser sempre respeitadas as regras dispostas nos arts. 121 a 138 do Código, reguladoras da sujeição passiva, especialmente no que tange à normatização que estabelece para as situações de responsabilização tributária, quando coloca limites para que caiba exigir de alguém que não tenha praticado o fato gerador que venha a ser colocado no polo passivo da relação tributária na qualidade de responsável.

Complementando as referências supraindicadas, merecem também atenção as leis complementares de normas gerais que regulam dois dos mais importantes impostos da federação, quais sejam, o ISS (LC 116/2003) e o ICMS (LC 87/1996). Os arts. 5.º e 6.º da LC 116/2003 apresentam regras gerais sobre a sujeição passiva do ISS, as quais não podem ser violadas pelas leis ordinárias locais de ISS produzidas pelos Municípios ou pelo Distrito Federal. Do mesmo modo, os arts. 4.º, 5.º, 6.º, 9.º e 10 da LC 87/1996 em relação ao ICMS, impondo limites de observância obrigatória pelas leis

ordinárias estaduais e pela lei distrital que disciplinam o ICMS.

Indo além dos impostos e fazendo referência às Taxas e Contribuições de Melhoria, devem ser respeitadas também as regras de sujeição passiva emanadas do CTN, nos arts.77 a 82 e, ainda, especificamente em relação às Contribuições de Melhoria, no Decreto-lei 195/1967 (recepcionado como lei materialmente complementar de normas gerais para as Contribuições de Melhoria), destacando seu art. 3.º, destinado a disciplinar o perfil dos sujeitos passivos quando da cobrança de Contribuições de Melhoria.

8. PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS EXECUÇÕES FISCAIS

Não é obrigatória a participação do Ministério Público nas Execuções Fiscais, conforme pacificado na jurisprudência dominante do STJ. Ainda que parcela da doutrina entenda que o *Parquet* deveria ser ouvido nas causas fiscais e ter o direito de emitir pareceres, a verdade é que, para fins práticos, o entendimento prevalecente é no sentido de que o interesse patrimonial da Fazenda Pública não se insere na órbita do interesse público a atrair a atuação da instituição ministerial. Nesse viés, desnecessário ao exequente requerer a intimação do Ministério Público. Tal entendimento resta firmado no STJ (vide enunciado da **Súmula 189/STJ** que afirma expressamente a desnecessidade de sua atuação).

9. COMPETÊNCIA

9.1. Noções introdutórias fundamentais

As Ações de Execução Fiscal, salvo situações de caráter excepcional, se ajuízam perante os juízes que atuam nas varas de primeira instância, para que haja um primeiro grau de jurisdição de modo singular, seja na justiça estadual ou na justiça federal. Em situações excepcionais, todavia, é possível cogitar do ajuizamento em Tribunais, o que, frise-se, deve ser entendido como quebra de regra e somente se deve aceitar ante previsão expressa na Constituição da República, ou, sendo o caso de fixação de competência originária nos TJs estaduais, se houver previsão nas Constituições Estaduais.

Nos tópicos a seguir, destacaremos as situações em que a competência originária é do STF, bem como analisaremos as hipóteses de ajuizamento das ações de Execução Fiscal na Justiça Estadual e na Justiça Federal. Por fim, teceremos comentários sobre algumas regras processuais de sumo relevo atinentes ao tema da fixação da competência em sede de Execução Fiscal.

9.2. Competência originária do STF

9.2.1. Noções fundamentais. ACO. ACOF. ACOF de natureza executiva

Existe previsão no nosso ordenamento de algumas situações excepcionais em que a **Constituição de República**, de modo expresso, fixa **competência originária do STF** para receber o **ajuizamento de ações**, cabendo ao Pretório Excelso, em tais ocasiões, atuar como grau único de jurisdição, apreciando originariamente a petição inicial conduzindo o trâmite processual, nos termos das regras legais aplicáveis ao processo, bem como com base nas normas procedimentais fixadas no seu Regimento Interno. No universo das contendas fiscais, é o que pode ocorrer quando se trata das hipóteses descritas nas **alíneas "e"** e **"f"** do **art. 102, I, CRFB/1988,** conforme se verá adiante.

Em tais hipóteses em que a ação deve realmente ser ajuizada diretamente no Tribunal Maior, falamos das chamadas Ações Originárias no STF. Não se tratando de uma ação especial para a qual a Constituição tenha feito expressa referência (ex.: Mandado de Segurança; *Habeas Data*; *Habeas Corpus*; Reclamação Constitucional; ADIN; ADC; ADPF), a ação que venha a ser proposta no STF fica catalogada em uma de duas espécies: ou será nominada como Ação Cível Originária (ACO) ou como Ação Penal Originária (APO). Tratando-se de matéria de vertente penal e processual penal, encaixa-se na segunda categoria citada (APO); em todos os demais casos, é reconhecida como Ação Cível Originária (ACO), o que abrange, evidentemente, as causas de natureza tributária.

Nessas situações em que o constituinte fixa a competência originária do STF (art. 102, I, CRFB/1988), seja em razão da pessoa, seja em razão da matéria, o fato é que, caso realmente não se trate de uma das ações específicas que o próprio constituinte se refere expressamente, a ação a ser proposta será, de fato, ou uma ACO ou uma APO. Daí ser possível termos hipóteses de ajuizamento de **ACO em matéria tributária**, já que, não envolvendo matéria penal, em todos os demais espectros de direito material, cuida-se de Ação "Cível". E, quando assim o é, cuidando-se de caso concreto em que a questão meritória seja tributária, é que então falamos da **"ACO Fiscal"** ou, como costumamos apelidar, a "**ACOF"** (sigla não oficial).

Nesse prumo, caso a matéria ventilada em um dos casos que são atraídos pelas normas constitucionais fixadoras de competência originária do STF seja realmente de natureza tributária, ter-se-á, como dito, a **ACO Fiscal**, que **nada mais será do que uma normal ação tributária, mas ajuizável no STF**, ganhando então a **especialidade de nomenclatura** (daí se poder falar em "Ação Cível Originária Anulatória de lançamento fiscal" ou então de "Ação Cível Originária de Repetição de Indébito", ou, ainda, "Ação Cível Originária Declaratória de Inexistência de Relação Tributária", e assim por diante).

Nessa toada, quando se cogita do cabimento das **ACO Fiscais**, **não há razão para excluir a sua abrangência na órbita dos processos executivos**, já que a Carta, quando fixa as competências originárias no STF em razão da pessoa ou da matéria, não distingue as hipóteses de cabimento em razão da *natureza da ação ou do processo*. Desse modo, torna-se plenamente possível cogitar de **ajuizamento de ação de execução fiscal originariamente no STF**, ainda que não nos seja desconhecido que alguns estudiosos negam tal possibilidade sustentando serem as competências originárias do STF restritas a processos de cognição (do que discordamos veementemente, com base em vasto rol argumentativo que aqui fugiria ao propósito do tópico aprofundar). Reitero que não há no texto constitucional fincado nas alíneas do art. 102, I, qualquer distinção em razão da natureza da

ação ou do processo para fins de fixar a competência originária do STF, pelo que não se deve afastar de seu âmbito de aplicação o processo de natureza executiva.

Na seara do direito tributário, o ajuizamento de **ACOFs** pode ocorrer em algumas hipóteses, havendo, pelo menos duas delas, que merecem carinhoso destaque. Fala-se, *in case*, das situações previstas no **art. 102, I, alíneas “e” e “f”**, da Carta Mãe, conforme abordaremos nas linhas a seguir.

9.2.2. ACOF nos conflitos internacionais. Art. 102, I, “e”, CRFB/1988

Na primeira das situações supraindicadas, a prevista no **art. 102, I, “e”**, analisam-se casos fáticos em que alguns dos entes federativos litigam com Estados estrangeiros ou com organismos internacionais. Ou seja, cuida-se, em tela, de **conflitos internacionais** envolvendo alguns dos entes políticos da nossa federação em uma possível ação de Execução Fiscal ajuizada em face de um determinado Estado estrangeiro ou de um organismo internacional. Peço vênia para transcrever o art. 102, I, “e”, CRFB/1988, ora citado e analisado:

> **CRFB/1988, art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
>
> **I –** processar e julgar, originariamente:
>
> **(...)**
>
> **e)** o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território.

Em tais situações, se o exequente for um dos vinte e seis Estados-membros da nossa federação ou o Distrito Federal, a competência originária do STF estará fixada por força da norma do citado dispositivo constitucional. Do mesmo modo, se o exequente for a União, *a depender de algumas características do caso concreto*, a competência também pode ser originária do STF. Em outras palavras, é afirmar que **a competência é originária do STF para apreciar as ações de Execução Fiscal ajuizadas por Estado-membro ou pelo Distrito Federal em face de Estado Estrangeiro ou Organismo Internacional**. Em relação à União, breve digressão nas linhas a seguir.

Quando o conflito internacional envolve a União, hão de se analisar, em conjunto, as normas fixadas no citado art. 102, I, “e” e no art. 109, III, ambos da Constituição. Ou seja, é preciso fazer a seguinte leitura conjunta: **art. 102, I, “e” c/c art. 109, III**, todos da *Lex Mater*. Isso porque a competência originária pode ser ora do STF, ora da Justiça Federal de primeira instância. O que vai determinar a fixação da competência será a análise de **se a causa é fundada ou não em um tratado ou contrato internacional**; se assim o for, a competência será originária da Justiça Federal, cabendo ao Juiz Federal processar e julgar originariamente o feito, não se cogitando de competência do STF para atuar dando o primeiro grau de jurisdição. Ao contrário, se a causa não se fundar na aplicação de normas oriundas de tratados ou contratos internacionais, aí, sim, afastar-se-á a norma do art. 109, III, e determinar-se-á a aplicação da norma do art. 102, I, “e”, pelo que a situação será de competência originária do Supremo Tribunal Federal. A conclusão que se pode chegar, em relação aos conflitos que envolvam a União e os Estados estrangeiros ou organismos internacionais é no sentido de que **a competência será originária do STF quando o conflito internacional envolver a União e um Estado estrangeiro ou organismo internacional, e a matéria discutida não se funda**

em tratado ou contrato internacional; se assim for, ter-se-á hipótese de ajuizamento da ACOF diretamente no STF.

Perceba-se que, nesses casos do art. 102, I, “e”, **não se inclui o Município**, sendo certo que, se o conflito internacional envolver tal ente federativo em vez de um dos outros aqui comentados, a competência originária será da Justiça Federal por força do disposto no art. 109, II, CRFB/1988, não havendo qualquer dissidência de entendimento quanto a tal certeza.

Registre-se, ainda, que, em momento algum se está valorando aqui a questão de ser ou não legítima a cobrança de tributo por parte da União, de um Estado-membro ou do Distrito Federal em face de um Estado estrangeiro ou um organismo internacional, bem como não está sendo alvo da análise meritória a existência ou não de direito de executar tais pessoas. O que se está analisando é apenas o aspecto processual da competência originária fixada pela Constituição para a apreciação de tais feitos, haja ou não direito bom em favor do ente federativo brasileiro, e seja ou não possível demandar executoriamente um Estado estrangeiro ou um organismo internacional. Em particular, inclusive, entendemos que **não assiste direito ao fisco federal, estadual e distrital**, já que, como sabido, em razão dos conhecimentos mais aprofundados oriundos das normas de direito internacional público, tal cobrança é vedada, assim como a sujeição dessas pessoas externas a demandas executivas. É que em seu favor vigoram benefícios de caráter internacional chamados de **imunidade de jurisdição** e **imunidade de execução**, oriundos das **Convenções de Viena de 1961** (art. 23) **e de 1963** (art. 32), tratados ratificados pelo Brasil e em plena vigência, excluindo o cabimento tanto da cobrança material como da demanda judicial. Assim inclusive se manifesta o **STF**, e, para tanto, vide **julgamento de algumas ACOFs**, quando a Corte Mãe determinou a proteção a tais entidades. Todavia, perceba-se que para protegê-las, fazendo valer a norma benéfica das citadas convenções, precisou reconhecer sua competência originária para processar e julgar inauguramente os feitos. Vale a conferência da **ACO AgR 543** e da **ACO AgR 563**, ambas sobre o mesmo tema. Por fim, acresço, destacando, que as **ACOFs** indicadas para leitura **foram de natureza executiva**, o que elimina definitivamente a sustentabilidade da tese de que não seria viável discutir causa em processo de execução originariamente no STF.

9.2.3. ACOF nos conflitos federativos entre a União, Estados, Distrito Federal e as entidades das respectivas administrações indiretas. Art. 102, I, “f”, CRFB/1988. Execução fiscal “interfederativa”

A outra hipótese que merece destaque para fins de indicar a competência originária do STF quando do ajuizamento de ações em matéria tributária é a de **conflito entre alguns entes federativos ou de um deles com as entidades de suas administrações indiretas** (vide norma prevista no art. 102, I, “f”, CRFB/1988).

Nas situações em que haja **execução fiscal envolvendo como partes no processo a União e um Estado-membro, ou a União e o DF, ou o DF e um Estado-membro, ou, dois Estados-membros entre si, bem como uma entidade de suas respectivas administrações indiretas, a competência será originária do STF**, de acordo com a norma prevista no citado art. 102, I, “f”, o qual

transcrevemos:

> **CRFB/1988, art. 102.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
>
> **I –** processar e julgar, originariamente:
>
> **(...)**
>
> **f)** as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta.

Nesse compasso, imaginemos uma comum situação na vida cotidiana, qual seja, aquela em que um desses entes federativos cobra uma **Taxa** em face do outro. Ora, como sabido, não há qualquer óbice que tal tributação se materialize, pois, como de público conhecimento, a "imunidade recíproca" (art. 150, VI, 'a' e § 2º) se restringe ao plano dos impostos, não abarcando as Taxas, sendo tal entendimento mais do que pacificado na jurisprudência consolidada do STF. Assim sendo, caso se crie a Taxa e não se conceda uma isenção para fins de dispensar legalmente o dever de cumprir a obrigação principal de pagá-la (seja Taxa de Polícia ou Taxa de Serviço), o ente que recebeu o lançamento deverá adimplir o débito, sob pena de termos a desconfortável situação de nos depararmos com a inscrição e dívida ativa e a posterior Execução Fiscal, colocando em choque (admitido) os interesses desses diferentes entes da federação (sempre restrito o debate à União, aos Estados e ao DF, bem como eventuais entidades de suas administrações indiretas, **não se incluindo aqui o Município**). Em tais situações, a ação de Execução Fiscal deve ser ajuizada **diretamente no STF**, que tem, por força da norma já prestigiada na citação acima, competência originária para apreciação exclusiva da matéria.

Imagine-se, portanto, a situação em que certo Estado da federação esteja cobrando uma Taxa em face da União, ou de uma autarquia, fundação pública ou empresa pública federal. Ora, não há dúvidas de que, diante do inadimplemento fiscal por parte da Administração Pública federal, caberá a inscrição do débito no cadastro de dívida ativa estadual e a propositura da ação de Execução Fiscal na corte máxima.

O fato de serem impenhoráveis os bens públicos em nada afeta o cabimento da demanda executória, aplicando-se o sistema específico de liquidação da dívida mediante acesso ao sistema especial da expedição de precatórios. Oportuna a leitura dos julgamentos que se deram na **ACO AgR 602/RN** (União *x* Estado do Rio Grande do Norte – CPMF), assim como a **ACO 541/BA e SP** (ação ajuizada pelos Estados da Bahia e São Paulo em face do Distrito Federal – ICMS).

Frisamos que, **mesmo que uma das partes seja uma Autarquia, Fundação Pública com personalidade de direito público, ou uma Empresa Pública, a competência será originária do STF.** Vale a leitura de duas importantes Ações Cíveis Originárias Fiscais envolvendo a Empresa Pública de Correios e Telégrafos (ECT) a respeito de cobrança de IPVA, quais sejam, a **ACO 765/RJ** e a **ACO 789/PI.** Oportuna e recomendada também a leitura da **ACO 515/DF** ajuizada pelo Banco Central do Brasil em face do Distrito Federal, discutindo imunidade tributária recíproca.

9.3. Competência da Justiça Estadual e da Justiça Federal

9.3.1. Critérios para determinar a competência da Justiça Federal e da Justiça Estadual. Reserva constitucional

Quando a ação de Execução Fiscal é proposta na primeira instância, direcionada a petição inicial ao juiz singular para que a receba, é importante perceber que **a regra** é que tal ajuizamento se dê na **Justiça Estadual**, sendo o aforamento na **Justiça Federal a exceção.** Passo a tecer alguns comentários no intento de orientar o leitor a respeito de tal aprendizado.

O primeiro ponto **fundamental** para se aprender a analisar de modo correto as hipóteses de competência da Justiça Estadual e da Federal é enxergar que não se pode tomar como verdade absoluta o bordão comumente repetido de que, "caso se trate de tributo federal, a ação deve ser ajuizada na Justiça Federal, e nas demais hipóteses – tributos dos Estados, DF ou Municípios – a ação deve ser proposta na Justiça Estadual". Não é bem assim. E é aqui que mora o perigo. Pois, realmente, esse jargão é corriqueiramente repetido e (erradamente) "ensinado". Não há dúvidas de que, **em regra**, ele termina dando certo, mas não porque essa seja a norma posta. Não é. E existem situações excepcionais em que a ação envolve tributo federal e desafia controvérsia a respeito de ser correto o ajuizamento na Justiça Estadual; do mesmo modo, existem situações também excepcionais em que se ajuíza na Justiça Federal a Execução Fiscal que tem por objeto um tributo municipal. Explicarei nas linhas a seguir. Entretanto, de antemão, necessária a conclusão de uma verdade: *de fato*, a imensa maioria dos casos que envolvem execução de créditos relativos de tributos federais corre na Justiça Federal, assim como, quando é atinente aos demais tributos, termina tramitando na Justiça Estadual; todavia, como frisado, **não pelo fato de ser o tributo um tributo federal, estadual ou municipal**, pois **não é esse o critério para separar a competência da Justiça Federal da Estadual**. Avancemos na análise da regra e contemplemos as situações excepcionais.

Como regra, sabemos todos que as hipóteses que atraem ajuizamento de ações para a Justiça Federal são **taxativamente** aquelas que **a própria Constituição estabelece**, nos casos do **art. 108, I** (quando se tem competência originária no TRF) e do **art. 109, I a XI** (hipóteses em que a competência originária para processar e julgar o feito cabe a Juiz Federal – 1.ª Instância). Desse modo, somente se "desloca" a competência da Justiça Estadual para a Federal nas situações ali descritas; não havendo adequação do caso concreto com as previsões constantes nos mencionados artigos, a ação realmente deve ser ajuizada na Justiça Estadual, não havendo fundamento a autorizar o ajuizamento na Federal.

Observe-se que, dentre todo o rol de situações que fixam a competência na Justiça Federal, **não há a previsão de que, "caso se trate de tributo da União, a ação** é ajuizável na Justiça Federal". Não. Inexiste essa regra. As ações tributárias ajuizadas na Justiça Federal são para lá encaminhadas por outro fundamento, qual seja, o previsto no **inciso I do art. 109**, que determina que **nas causas em que a União, suas autarquias e empresas públicas tiverem interesse, caberá ao Juiz Federal processar e julgar originariamente**. Constate-se que o que vai determinar a competência da Justiça Federal é **o interesse da União** (ou das entidades citadas) **no feito** (seja na qualidade de autora, ré, assistente ou oponente), ficando excepcionadas apenas as causas ligadas a processos de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. Em outras palavras,

o que se quer deixar claro é que **não é pelo motivo de ser "federal" o tributo, e sim por "haver interesse da União",** que a competência será da Justiça Federal.

Em um primeiro momento, uma leitura apressada poderia sugerir não haver qualquer diferença entre uma ou outra das motivações comentadas para determinar a fixação da competência federal. Falsa conclusão. Existe, sim, diferença. É que se houver, ainda que em tese, situação de que **o tributo seja federal, mas não haja interesse da União na arrecadação**, não há dúvidas, para nós, de que a competência é da Justiça Estadual, mesmo ao alvedrio de se tratar de tributo federal. Do mesmo modo, ainda que se trate de tributo estadual ou munícipe, caso haja substancial interesse da União na causa, possível cogitar de competência da Justiça federal. Perceba-se, portanto, a importância de se deixar claro **qual é o critério adotado para a fixação da competência da Justiça Federal nas ações tributárias**, o que, por evidente, abrange também as ações de Execução Fiscal.

9.3.2. Execuções fiscais municipais na Justiça Federal. Conflitos internacionais

Existe, e não se pode deixar de mencionar, a excepcional situação dos conflitos internacionais envolvendo **Municípios** (e, por logo, **tributos municipais**) em litigância com **Estado Estrangeiro ou Organismo Internacional**. Em tais situações, por força da regra especial fixada no **art. 109, II, CRFB/1988**, depararemo-nos com a interessante situação de **competência originária da Justiça Federal em que se debate tributação municipal**. Nesse prumo, à guisa de exemplo, cogite-se a hipótese de certo Município cobrar IPTU ou Taxa de Coleta Domiciliar de Lixo (TCDL) em face de certo Organismo Internacional proprietário de alguns imóveis no Brasil e dentro da circunscrição desse aludido Município. Não havendo o inadimplemento, caso o Município entenda lhe assistir direito à arrecadação e opte pela via judicial executiva para satisfazer o crédito que julga ter, **a Execução Fiscal Municipal deve ser ajuizada na Justiça Federal**, não havendo competência da Justiça Estadual aqui, por força da norma clara e precisa firmada no citado art. 109, II, da *Lex Legum*.

Observe-se, quanto à situação supradescrita, que, **mesmo não havendo interesse arrecadatório da União na causa, a competência será da Justiça Federal, e não por força do inciso I, mas sim do inciso II do art. 109**. Ainda que, não duvidamos, possa existir, sob outro enfoque de análise, "interesse" da União na causa (interesse diferente do interesse tributário), o que determina a fixação da competência na Justiça Federal de primeira instância nas execuções fiscais municipais retronarradas é a regra especial do inciso II, e não a regra geral do inciso I.

Registro que não se debate aqui, nesse tópico, se, no que diz respeito à questão de direito material tributário, o Município pode ou não demandar o organismo internacional ou um Estado estrangeiro. O que se está analisando é apenas o aspecto inerente à competência para processamento e julgamento do feito. Afinal, com ou sem o bom direito, a Fazenda Municipal poderá ajuizar a ação para suscitar eventual tese que queira patrocinar no Judiciário para tentar defender um eventual direito à tributação, mesmo que se saiba que, na prática, prevalece o entendimento de que os Estados estrangeiros e os organismos internacionais gozam dos benefícios oriundos das normas de direito internacional público chamados de **imunidade de jurisdição e imunidade de execução**, decorrente

das duas **Convenções de Viena,** de **1961** e **1963** (arts. 23 e 32, respectivamente). O fato, todavia, de estar prevalecendo a tese do não cabimento da tributação não impede a construção de tese contrária nem fulmina a possibilidade de mudança de entendimento no Judiciário, sendo certo, inclusive, que alguns Ministros do próprio STF ficaram vencidos em alguns dos julgamentos referentes à matéria, sustentando a possibilidade de se imputarem algumas restrições ao entendimento prevalecente. Nesse compasso, é necessário saber qual o juízo competente para que se possa, pelo menos, ajuizar de modo correto a ação.

9.4. Regras processuais especiais de competência na execução fiscal

A regra geral para definir o local da propositura da Ação de Execução Fiscal é aquela que emana do art. 578 do CPC, o qual determina que a contenda será posposta no foro do domicílio do réu, que, no caso, é o executado. Se não tiver domicílio, a ação será ajuizada no local de sua residência ou naquele em que for encontrado.

Nas hipóteses de o réu possuir dois ou mais domicílios, pode a Fazenda ajuizar a ação em qualquer deles. Do mesmo modo, caso haja pluralidade de réus (o que ocorre, por exemplo, nas hipóteses de responsabilização solidária pela dívida exequenda), a ação pode ser ajuizada no domicílio de qualquer deles.

Situação especial que também merece comento é aquela que diz respeito a dívidas que se originam na relação do sujeito passivo com certo bem, como ocorre, por exemplo, nos casos do IPTU, ITR e IPVA. Nesses casos, a ação pode ser proposta no foro da situação do bem, sempre, é claro, que a dívida se originar dessa relação com o respectivo bem (ex.: dívida de IPTU em relação a determinado imóvel; pode ser proposta a ação no foro em que se situa esse imóvel).

Vale, ainda, destacar que em algumas hipóteses pode ser levado em consideração o local em que ocorreu o fato gerador da relação tributária, ainda que o contribuinte não mais resida nessa localidade, o que decorre da expressa autorização dada no parágrafo único do art. 578 do CPC. Tal comando é de notável utilidade no campo das execuções municipais, ainda que não somente a elas se restrinja. Imagine-se a hipótese em que certo contribuinte deixou de residir em determinada cidade na qual praticou diversos fatos geradores de relações tributárias, foi inscrito em dívida ativa e depois sumiu, dirigindo-se a outra localidade que não seja conhecida. Ora, como agir o fisco credor diante de tal lacuna? Daí a preocupação do legislador em autorizar que a ação seja proposta no local em que ocorreu o fato gerador da dívida, mesmo que não mais lá resida o sujeito passivo, viabilizando a busca da satisfação do crédito.

Oportuna a transcrição para leitura do mencionado art. 578 do CPC e seu respectivo parágrafo único, com a observação que, quando o *caput* faz menção ao inciso VI do art. 585, devemos ler "inciso VII", já que houve renumeração dos incisos do art. 585 que faz alusão aos títulos executivos extrajudiciais:

> **CPC, art. 578.** A execução fiscal (art. 585, VI) será proposta no foro do domicílio do réu; se não o tiver, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado.

Parágrafo único. Na execução fiscal, a Fazenda Pública poderá escolher o foro de qualquer um dos devedores, quando houver mais de um, ou o foro de qualquer dos domicílios do réu; a ação poderá ainda ser proposta no foro do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida, embora nele não mais resida o réu, ou, ainda, no foro da situação dos bens, quando a dívida deles se originar.

Importante registrar, também, que após proposta a demanda na comarca (ou Seção Judiciária, caso se trate de ajuizamento na Justiça Federal) em que tem domicílio o réu, se houver, incidentalmente, mudança de domicílio do executado, no andamento do processo, tal mudança de domicílio não provoca o deslocamento da competência. A competência é fixada ao tempo do ajuizamento, não tendo qualquer relevância a modificação superveniente de domicílio do executado, aplicando-se a regra da *perpetuatio jurisdictiones*, emanada do art. 87 do CPC. Esse é, inclusive, o entendimento assentado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (vide enunciado da **Súmula 58 do STJ**). Aproveitamos para abrir transcrição do texto do artigo citado, assim como do verbete sumular aludido:

CPC, art. 87. Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.

Súmula 58, STJ. Proposta a execução fiscal, a posterior mudança de domicílio do executado não desloca a competência já fixada.

Por fim, lembramos que a competência para processar e julgar as execuções fiscais é considerada **competência absoluta em razão da matéria**, sendo certo que, fixada a sua área de jurisdição, fica excluída a de qualquer outro juízo, inclusive o da falência, liquidação, insolvência ou inventário, conforme determina o art. 5.º da Lei 6.830/1980, o qual menciona inclusive as antigas hipóteses de concordata. Observe-se o texto do citado dispositivo:

Lei 6.830/80, art. 5.º A competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro Juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário.

10. O VALOR DA CAUSA NAS EXECUÇÕES FISCAIS

Nas ações de Execução Fiscal o valor da causa será aquele que constar na Certidão de Dívida Ativa. Em outras palavras, será o valor equivalente ao montante exequendo, cobrado pela Fazenda exequente.

Observe-se que tal quantia corresponderá ao valor do tributo mais eventuais penalidades pecuniárias que a Fazenda entenda serem devidos, acrescido esse montante com todos os consectários moratórios, abrangendo tanto os juros como a correção monetária.

Registre-se ainda que, caso haja ajuizamento de Ação de Embargos do Executado, o valor da causa a ser indicado para a referida ação deverá, por atração, ser o mesmo que fora firmado na ação executiva, ou seja, aquele que consta no corpo do título executivo, a CDA. Oportuna a leitura do art. 6.º, § 4.º, da Lei 6.830/1980.

11. PETIÇÃO INICIAL E A AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL

Registremos alguns importantes comentários quanto à **petição inicial** na Ação de Execução Fiscal. De início, destaquemos que a Lei 6.830/1980, no seu art. 6.º, apresenta um conjunto de normas especiais que se aplicam para reger as petições em comento, simplificando bastante o modo de estruturar o documento inaugural com o qual se propõe a ação executiva fiscal, de sorte a que ficam dispensadas algumas exigências tradicionais exigidas pelo art. 282 do CPC.

Quando se trata de análise da regularidade formal da petição inicial em sede de ajuizamento de ação de Execução Fiscal, o juiz deve avaliar se ela cumpre as exigências pautadas no art. 6.º da LEF, e, se o documento estiver de acordo com tais mandamentos, não deverá ser indeferido, especialmente se o título executivo extrajudicial estiver devidamente constituído, sem vícios que justifiquem a recusa da inicial.

De fato, a peça vestibular edificada pela Procuradoria para deflagrar os executivos fiscais goza de particularidades. É que algumas exigências que se impõem para quando da redação estruturante de uma petição inicial tradicional são totalmente dispensadas quando se fala da petição de deflagração nas execuções movidas pela Fazenda Pública. Nesse sentido, não exige, o mencionado art. 6.º, que se façam, no corpo da petição, a qualificação das partes (exequente e executado) nem a descrição da causa de pedir (fatos e fundamentos jurídicos do pedido), sendo de fácil compreensão a razão de tal dispensa: é que no corpo da CDA constam as informações a respeito de quem são as partes e qual é o objeto da execução; do mesmo modo, como o título goza de presunção de certeza, liquidez e exigibilidade, desnecessário apresentar justificativas jurídicas para tentar convencer o juiz de que o direito é bom e que o pedido de procedência da ação merece ser acolhido.

É vero que, como dito, não é necessária qualquer argumentação para fins de descrever fatos e fundamentos. O título executivo fala por si só e tem sobre si a presunção legal de validade. Por mais que seja relativa (*iuris tantum*), ela tem sua força, é amparada por lei, e tal presunção assegura que caso não seja feita argumentação e comprovação pelo executado de sua ilegitimidade, ela vale e é suficiente para determinar o julgamento de procedência em favor da Fazenda exequente. Daí por que realmente compreensível a opção do legislador em dispensar a Procuradoria do ônus de descrever no corpo da petição inicial a causa de pedir.

Observe-se, todavia, que, não obstante dispensado tal dever, isso não significa concluir que seja vedado inserir tais itens no corpo da petição. Em outras palavras, é esclarecer que a prerrogativa do Procurador de descrever na peça de propositura as informações que entenda oportunas permanece hígida, não havendo qualquer impedimento a que registre no documento argumentos que repute importantes, teses, citações de precedentes jurisprudenciais etc.

Segundo o mencionado art. 6.º da LEF, a petição deve conter apenas o **endereçamento ao Juiz competente**, a formalização do **pedido** (na verdade, **dos pedidos**) e o **requerimento de citação** (que, no fundo, nada mais é do que um dos "pedidos" a serem redigidos), a **expressa inclusão da CDA** e, por fim, a afirmação do **valor da causa**, o qual, nos termos do previsto no art. 6.º, § 4.º, é o valor constante na CDA, correspondente ao montante do débito exequendo.

Fundamental destacar que dentre o rol e **pedidos** a serem formulados, é desnecessário pedir

permissão para produção de provas, pois, nos termos do disposto no art. 6.º, § 3.º, **a produção de provas pela Fazenda Pública independe de requerimento na petição inicial**.

Segue, na íntegra, o texto do festejado art. 6.º:

Art. 6.º A petição inicial indicará apenas:

I – o Juiz a quem é dirigida;

II – o pedido; e

III – o requerimento para a citação.

§ 1.º A petição inicial será instruída com a Certidão da Dívida Ativa, que dela fará parte integrante, como se estivesse transcrita.

§ 2.º A petição inicial e a Certidão de Dívida Ativa poderão constituir um único documento, preparado inclusive por processo eletrônico.

§ 3.º A produção de provas pela Fazenda Pública independe de requerimento na petição inicial.

§ 4.º O valor da causa será o da dívida constante da certidão, com os encargos legais.

12. O DESPACHO CITATÓRIO DO JUIZ AO DEFERIR A PETIÇÃO INICIAL

O primeiro ato praticado pelo juiz ao deferir a petição inicial é o de proferir o **despacho citatório**, o qual, não obstante se tenha costumeiramente apelidado de "citatório" (já que é ele que ordena que se cumpra a citação), produz outros efeitos que não apenas o de determinar se proceda à citação do executado.

Um dos mais importantes efeitos decorrentes da formalização do despacho proferido pelo magistrado é que tal ato tem o condão de concretizar a **interrupção da prescrição**, assegurando a sobrevida ao crédito tributário da Fazenda exequente, evitando que se consuma o fenômeno letal prescricional, que na seara tributária tem o poder de extinguir o próprio crédito (art. 156, V, CTN). Logo, quando o juiz efetiva o despacho nos autos, impede-se a continuidade da fluência do prazo, salvaguardando-se a titularidade creditória do fisco.

Um dos mais importantes aspectos atinentes a esse específico efeito decorrente do despacho (interrupção da prescrição) é que **esse efeito opera de modo retroativo**, de sorte que se considera interrompida a prescrição desde quando ocorreu o ajuizamento da ação, desde que a mesma tenha sido proposta dentro do prazo de cinco anos (o prazo prescricional é de cinco anos, contados a partir da constituição definitiva do crédito tributário – art. 174, CTN).

Em outras palavras, é afirmar que **o despacho citatório formaliza a interrupção da prescrição, mas retroagindo à propositura da demanda**. Insistindo, é esclarecer que, não obstante o momento exato que o legislador escolheu para determinar a "formalização" da interrupção da prescrição seja aquele em que o juiz acosta nos autos o seu despacho, **o efeito de interrupção da prescrição se considerará ocorrido desde o dia em que a ação é ajuizada**.

É por isso que, para fins práticos, o exequente tem que tomar duas medidas para evitar a consumação da prescrição: primeiramente, ajuizar a ação dentro dos cinco anos; após ajuizada, tempestivamente, fiscalizar os autos para exigir que o juiz profira o despacho citatório. Dessa forma, mesmo que o despacho seja formalizado após os cinco anos, se a ação tiver sido ajuizada dentro do

quinquênio, a prescrição será considerada regularmente interrompida, pois, como afirmado, mesmo que "formalmente" a interrupção se concretize apenas no momento do despacho, o ordenamento jurídico considerará que ela ocorreu quando da propositura da demanda.

A especial atenção, todavia, que o exequente deve ter é no sentido de não deixar que se passe prazo superior a cinco anos entre o ajuizamento da ação e o proferimento do despacho, pois, caso fique considerada sua inércia e abandono do processo, o **STJ** vem encampando a tese de que se deve considerar ocorrida a prescrição já após a ação ajuizada, exatamente pelo fato de o exequente não ter fiscalizado o trâmite processual para impulsionar o despacho citatório; comprovada sua desídia, o Superior Tribunal de Justiça, nos termos do entendimento firmado na **Súmula 106/STJ** vem aplicando o reconhecimento da prescrição. Escapando dessa alongada desídia, evidentemente que o fisco não suportará tal efeito nocivo, e, caso realmente tenha ajuizado a ação dentro dos cinco anos, interrompida estará a prescrição, interrupção essa que se "formalizará" quando da materialização do ato de despacho, retroagindo, como dito, ao ajuizamento.

A tese da aplicação retroativa do efeito interruptivo da prescrição emana da aplicação conjugada do dispositivo do CPC que determina essa retroação com os dispositivos próprios para regular a prescrição tributária, previstos tanto no CTN como na LEF. Dessa feita, estabelece-se um **diálogo de complementaridade** entre as três fontes normativas (**diálogo das fontes**), interpretando-se sistematicamente o **art. 8.º, § 2.º, Lei 6.830/1980**, o **art. 174, parágrafo único, I, CTN,** e ainda o **art. 219, § 5.º, CPC**. O STJ já sedimentou a jurisprudência nesse sentido, o que se revela, de todo, louvável, não apenas pela coragem em implementar o avançado método interpretativo, mas, acima de tudo, pelo acerto na questão de direito, já que, seguindo a melhor linha de embasamento jurídico, não poderia ser de modo diferente. Vale conferir, no **Superior Tribunal de Justiça**, o precedente referente ao tema, qual seja, o julgado proferido no **Recurso Especial 1.120.295/SP**, relatado pelo então Ministro Luiz Fux, em maio de 2010, na **1.ª Seção do STJ**. Na mesma linha, válida também a leitura dos julgamentos proferidos no **AgRg no AREsp 273.121/SE**, em 21.03.2013, na 2.ª Turma do STJ, no **AgRg no REsp 1370278/RS**, em 16.05.2013, também na 2.ª Turma do STJ, assim como o **EDcl no AgRg no REsp 1337133/SC**, de 11.06.2013, mais uma vez na 2.ª Turma, e, ainda, o **AgRg no REsp 1376675/PE** (06.08.2013) e o AgRg no REsp 1343546/PR (27.09.2013), ambos no mesmo órgão fracionário.

Avançando na abordagem, de se registrar relevante informação no sentido de que o despacho citatório produz outros efeitos importantes, além dos dois efeitos já destacados. Ou seja, além de **ordenar a citação do executado** e de **interromper a prescrição com efeito retroativo ao ajuizamento**, o despacho gera, pelo simples fato de ser formalizado, outros efeitos fundamentais. Merece destaque o fato de que, ocorrida a citação válida, caso o executado não ofereça garantia nem promova o pagamento do débito, esgotado o prazo de cinco dias previsto no *caput* do art. 8.º, ficará autorizada a penhora dos seus bens. É dizer: se o citado não quitar a dívida nem oferecer voluntariamente garantia do Juízo para assegurar o direito de embargar a execução, seu patrimônio já estará, desde logo, sujeito à constrição. Esgotados os cinco dias, passa a ser legítima a penhora de seus bens, a qual poderá, inclusive, se fazer de modo *on-line*, nos termos do disposto no art. 185-A, CTN.

A autorização para que se proceda à penhora depois de esgotado o prazo para pagamento ou oferecimento de garantia emana do próprio despacho. Ou seja, ao despachar, o juiz não está apenas ordenando a citação, mas indo além, já está informando que, caso o executado fique inerte, seus bens estarão sujeitos à constrição. Tal previsão consta no art. 7.º, II, Lei 6.830/1980. Do mesmo modo, caso se trate de situação que envolva executado que não tiver domicílio ou dele se ocultar, restará autorizada a medida de arresto, autorização essa também emanada do próprio despacho (art. 7.º, III, Lei 6.830/1980). Válido ainda acrescer que os atos imediatamente posteriores à formalização da penhora ou arresto (registro e avaliação) também restam autorizados desde quando o Juiz profere o despacho (art. 7.º, IV e V).

Aproveitamos para transcrever os dispositivos em comento, de oportuna leitura:

Art. 7.º O despacho do Juiz que deferir a inicial importa em ordem para:

I – citação, pelas sucessivas modalidades previstas no artigo 8.º;

II – penhora, se não for paga a dívida, nem garantida a execução, por meio de depósito ou fiança;

III – arresto, se o executado não tiver domicílio ou dele se ocultar;

IV – registro da penhora ou do arresto, independentemente do pagamento de custas ou outras despesas, observado o disposto no artigo 14; e

V – avaliação dos bens penhorados ou arrestados.

(...)

Art. 8.º, § 2.º O despacho do Juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição.

13. A CITAÇÃO NA EXECUÇÃO FISCAL

Ordenada a citação, o natural é que o procedimento citatório ocorra, efetivando-se a vontade do legislador e a ordem dada pelo juiz, concretizando-se o ato tradicional de comunicação do Juízo com o demandado, convocando-o para integrar o processo e se assentar na qualidade de réu.

Dentre as modalidades de procedimento citatório que são admitidas em nosso ordenamento, adota-se, em sede de **Execução Fiscal**, como **via preferencial**, a chamada **citação pela via postal,** valendo-se o juízo do instrumento da **carta**, a qual é expedida no juízo, enviada à Agência de Postagem, e então é remetida ao endereço do réu, o qual, **ao recebê-la, considerar-se-á citado**, quando então dará o **aviso de recebimento**, e haverá o retorno à Agência e desta o envio ao Juízo, podendo-se registrar nos autos que a citação ocorreu regularmente.

Nos termos do texto escrito no art. 8.º da Lei de Execuções Fiscais, salvo se a Fazenda fizer requerimento de que a citação ocorra por outro modo, a citação realmente se dará pela via postal, sendo enviada a carta com o mandado de citação pelos Correios. O legislador deixa claro sua preferência pelo uso da modalidade de citação postal, preferindo-a em relação à citação pessoal e editalícia. É evidente, não há dúvidas, que tal norma ficará sujeita, em breve, a uma potencial necessidade de readequação, em face da implementação dos modernos métodos de comunicação entre as pessoas no plano coexistencial, o que, por certo, já reflete no processo, e, muito em breve, fomentará uma reestruturação desse ainda vigente sistema normativo. Com a tecnologia cada vez

mais crescente e a informatização alcançando patamares de desenvolvimento jamais imaginados pelo legislador no ano de 1980, temos por certo que o caminho para as citações digitais é intransponível, sendo mera questão de tempo para sua efetivação. Não obstante, averbemos que a norma que temos posta na lei que hoje se aplica é exatamente essa que ora citamos, a que determina a preferência pela citação postal, com aviso de recepção dado pelo citado.

Somente se frustrada a citação pela via postal é que deve ser implementado o procedimento de busca da citação pessoal, e, se frustrada esta, deve ser tentada a citação pela via editalícia. Fundamental esclarecer que **tal ordem de procedimentos deve ser aplicada de modo sucessivo**, sendo que não pode ser antecipada um em detrimento da outra. Assim apregoa o texto fincado no art. 7.º, I da LEF, registrando que o despacho citatório ordena a citação "pelas **sucessivas** modalidades previstas no art. 8.º". No patrocínio desse entendimento, o próprio **STJ** já declarou entender indevido o uso da citação editalícia sem que se tente, antes, encontrar o executado por via da citação pessoal. A razão para tal vedação é simples: proteger o acesso ao contraditório e à ampla defesa, pois, sendo citado pessoalmente, o executado poderá, dentro dos cinco dias que possui após a citação, refletir sobre qual postura adotará, inclusive, se for o caso, qual bem indicará voluntariamente à penhora para que possa embargar a execução; ao contrário, sendo citado diretamente por edital, não se pode assegurar que realmente tomará ciência da citação, de modo que, esgotado, seu prazo ficará sujeito à penhora ou arresto, e, aqui, não mais tendo a mesma margem de discricionariedade para escolher os limites e efeitos da constrição. Quanto ao tema, vale conferir a **Súmula 414 do STJ.**

Quando realmente ocorra a hipótese de se aplicar a citação editalícia, por frustradas as tentativas de se conseguir citar o executado pela via postal e pessoal, fundamental registrar que **o prazo para que o executado possa se manifestar, pagando a dívida ou oferecendo garantia, será de 30 dias (réu presente) ou de 60 dias (réu ausente do país), afastando-se a regra do prazo de cinco dias aplicável nos casos de citação postal ou pessoal**. Logo, sendo o réu citado mediante publicação de edital, há que se esperar a consumação do prazo de trinta dias (ou sessenta dias se for caso de réu fora do Brasil) para que então se possa implementar a medida constritiva de penhora forçada ou, se for a hipótese, de arresto, valendo a aplicação das regras previstas no art. 8.º, IV e § 1.º, da Lei 6.830/1980.

Por fim, oportuna a transcrição do art. 8.º da LEF na sua integral literalidade:

Art. 8.º O executado será citado para, **no prazo de 5 (cinco) dias**, **pagar a dívida** com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, **ou garantir a execução**, observadas as seguintes normas:

I – a citação será feita pelo correio, com aviso de recepção, se a Fazenda Pública não a requerer por outra forma;

II – a citação pelo correio considera-se feita na data da entrega da carta no endereço do executado, ou, se a data for omitida, no aviso de recepção, 10 (dez) dias após a entrega da carta à agência postal;

III – se o aviso de recepção não retornar no prazo de 15 (quinze) dias da entrega da carta à agência postal, a citação será feita por Oficial de Justiça ou por edital;

IV – o edital de citação será afixado na sede do Juízo, publicado uma só vez no órgão oficial, gratuitamente, como expediente judiciário, com o prazo de 30 (trinta) dias, e conterá, apenas, a indicação da exequente, o nome do devedor e dos corresponsáveis, a quantia devida, a natureza da dívida, a data e o número da inscrição no Registro da Dívida Ativa, o prazo e o endereço da sede do Juízo.

§ 1.º O executado ausente do País será citado por edital, com prazo de 60 (sessenta) dias.

§ 2.º O despacho do Juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição.

14. AS POSTURAS DO EXECUTADO

14.1. Nota inicial

Após ajuizada a execução fiscal, algumas diferentes posturas podem ser tomadas pelo executado, seja **antes mesmo de cumprido o mandado citatório**, ou, em outra perspectiva, **após ocorrida a citação**. Teçamos alguns breves comentários.

14.2. Postura do executado antes de ser citado

Na prática pode acontecer (e ocorre com normalidade) de o contribuinte tomar ciência de que fora ajuizada execução fiscal contra sua pessoa, mesmo ainda antes de ter ocorrido a sua citação no processo. Após ajuizada a execução, diversos inconvenientes procedimentais podem ocorrer de modo que a citação não ocorra, e, às vezes, de sorte a que sequer se materialize o despacho citatório. Não obstante, é plenamente possível, nos mesmos quadros fáticos, que o contribuinte tome ciência a respeito do fato de ter sido ajuizada a demanda executiva, seja por força de consultar o cadastro público de dívida ativa, seja em razão de fazer uma consulta na própria Vara em que fora distribuída a demanda, seja por ter sido informado por serventuários, por colegas da advocacia, ou, até mesmo, pelo próprio Procurador, por seus estagiários, agentes fiscais etc. (em cidades pequenas no interior do País é extremamente comum que isso ocorra), tomando então ciência de que já existe ação de execução fiscal ajuizada contra sua pessoa, **mesmo sem ter sido citado formal e validamente para integrar a relação jurídica a ser triangularizada no processo**.

Diante das situações acima narradas, o nosso sistema normativo **autoriza o comparecimento voluntário do executado para se dar por citado, suprindo a lacuna procedimental, inserindo-se voluntariamente no contexto processual, passando a ser formalmente parte**. E razoável que assim seja. Afinal, a finalidade do ato citatório é convocar o demandado a comparecer ao processo, informando-lhe do feito e oportunizando-lhe assumir a postura que reputar mais oportuna dentre aquelas que lhe sejam lícitas adotar (se defender, pagar a dívida, pedir parcelamento, ou até mesmo ficar inerte). Logo, se o executado comparece voluntariamente suprindo a lacuna deixada pela inocorrência do cumprimento do mandado citatório, benquista a sua postura e acolhida pelo sistema normativo regente do processo. Daí que o Código de Processo Civil, no seu art. 219, § 1.º, opta por assegurar de modo expresso tal cabimento. Transcrevemos o dispositivo para apreciação do leitor:

CPC, art. 214. Para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu.

§ 1.º O comparecimento espontâneo do réu supre, entretanto, a falta de citação.

Portanto, na linha do exposto, a primeira postura do executado que merece comento é exatamente essa, a **postura do executado não citado**, de **comparecer espontaneamente ao juízo se dando por**

citado, de modo que se considerará suprido o vício e como se citado tivesse sido.

A importância a ser destacada de tal situação é que, quando assim age, o réu passa a integrar formalmente o processo, já se considerando ocorrida a citação. Nesses termos, pode oferecer garantia e embargar a execução, caso seja de seu interesse, como normalmente o é. E que fique clara a utilidade de tal postura, em diversos aspectos de desdobramentos. A um, pelo fato de que, diante de execução flagrantemente indevida, o executado pode ter interesse em extingui-la e retirar seu nome do cadastro de inadimplência; a dois, pelo fato de querer eliminar toda e qualquer insegurança em virtude de não saber quando vai ser citado; a três, pois, caso se trate de situação em que haja controvérsia a respeito da questão de mérito, quanto mais rápido ele puder oferecer depósito em garantia para então embargar a execução, ele consegue interromper a fluência dos consectários da mora (que fazem com que o valor da dívida aumente permanentemente).

Perceba-se, portanto, ser não apenas admissível, mas também útil, e, às vezes, fundamental, a postura de comparecer voluntariamente ao juízo, se dar por citado suprindo a ausência de citação, se inserir formalmente na relação processual e então poder, já como parte, se valer dos mecanismos de defesa, por exemplo, oferecer a garantia e ajuizar a ação de embargos. Confessamos, humildemente, em respeitosa crítica, que, mesmo após profundo esforço hermenêutico, ainda foge à nossa capacidade compreensiva o conhecimento dos motivos que levam alguns colegas a sustentarem não caber ajuizamento de ação de Embargos à Execução se não houver citação válida, suscitando que a única defesa adequada seria a propositura de Ação Anulatória na vara de Fazenda Pública. *Data maxima venia*, e sempre pregando o respeito à liberdade de pensar de modo diverso, entendemos ser plenamente cabível a postura de comparecimento voluntário do executado "se dando por citado", o oferecimento imediato da garantia e o ajuizamento dos embargos.

Consideramos louvável a tese de **reconhecer cabível o ajuizamento da anulatória**, claro, mas não concordamos que tal cabimento exclua a possibilidade de se comparecer ao juízo da execução, se inserir no contexto processual e embargar a ação executória pedindo a distribuição da petição por dependência. Reiteramos nosso entendimento de que **se deve considerar cabível o ajuizamento da ação anulatória antes da citação na execução fiscal, o que, entre outras vantagens, pode permitir a defesa sem oneração patrimonial, especialmente se houver deferimento de tutela antecipada para suspender a exigibilidade do crédito tributário**. Todavia, o que queremos colocar de modo claro é que o simples fato de não ter ocorrido a citação válida no processo executivo após já proposta a ação de Execução Fiscal **não impede o ajuizamento dos embargos**. A conclusão que queremos registrar é no sentido de que, **para caber o ajuizamento dos embargos não é imprescindível que haja a citação do executado, e sim a propositura da ação executiva, pois o demandado por voluntariamente comparecer e se dar por citado, supre tal carência**.

Por fim, registremos ainda que, caso não ocorra a citação, pode o executado, ainda que já ciente da propositura da demanda contra a sua pessoa, se manter inerte e não comparecer a juízo nem mesmo ajuizar qualquer ação autônoma para questionar a dívida. Ainda que a postura ora comentada seja passível de críticas, especialmente sob o cunho ético e moral, não configura, *a priori*, postura ilícita da sua parte permanecer inerte aguardando a citação, ainda que, sabemos, o caráter de "licitude" de

tal comportamento suscite acalorados debates. O fato é que, caso assim permaneça, poderá ser favorecido, ao longo do tempo, pela consumação da prescrição, mesmo após já ajuizada a ação, pois, caso proposta a demanda, o exequente abandone por inteiro o acompanhamento do feito, deixando-o esquecido, poderá ele, o demandante, sofrer, por força da sua desídia, os efeitos fatais oriundos da consumação do lapso temporal prescricional, aplicando-se o entendimento firmado na **Súmula 106 do STJ**. Logo, constate-se que a inércia do executado em não se apresentar em juízo, mantendo-se em postura de aguardo da citação para que então integre formalmente o feito, pode terminar por lhe favorecer, especialmente quando ficar configurada situação em que se possa imputar a culpa ao exequente, e não à própria estrutura do Judiciário.

14.3. Posturas do executado após ser citado

14.3.1. Noções iniciais fundamentais

Após ser citado, o executado pode, conforme já comentado em tópicos anteriores desta obra, optar por diferentes comportamentos, os quais podem ser agrupados em três diferentes grupos. Pode, primeiramente, revelar sua intenção de adimplemento, confessando a dívida e reconhecendo a legitimidade da cobrança. Em uma segunda postura, oposta à primeira, poderá declarar sua discordância com a demanda, enfrentando-a, buscando uma tutela jurisdicional protetiva que o livre de sofrer agressão e dilapidação em seu patrimônio, reconhecendo-se indevidas as alegações apresentadas pela Fazenda e, finalmente, julgando improcedente a ação de Execução Fiscal. Por fim, pode ainda, em uma terceira linha comportamental, apenas adotar a postura do silêncio, ficando inerte, nem reconhecendo o débito no intento de adimpli-lo nem questionando-o almejando ver reconhecida sua inexistência.

14.3.2. O reconhecimento da dívida e a intenção de adimplemento. Pagamento. Parcelamento

Na primeira opção, optando por assumir o débito e intentando adimpli-lo, poderá o executado, por meio de seu advogado, dirigir simples petição aos autos confessando a dívida e revelando o intento de pagá-la, assim como pode, do mesmo modo, pagá-la e já apresentar o comprovante do adimplemento. Estando correto o valor, a consequência será a extinção do feito sem necessidade de qualquer prolongamento.

Ainda na linha desse primeiro comportamento, poderá o executado, também, e desde que autorizado por lei, optar por aderir a programa de parcelamento, mas, desde que, como insistentemente frisado, haja lei autorizativa de adesão a tal modo de adimplemento, mesmo que esteja em fase de execução judicial do débito. Ao alvedrio de não existir unanimidade quanto ao pensamento, entendemos que, se homologado o termo de parcelamento, deve restar de imediato suspenso o processo, o qual só deverá ter prosseguimento, caso o executado venha a ser inadimplido o termo de parcelamento, ocorrendo a sua resolução por inadimplemento. Discussão interessante é a que se abre em relação a atos de penhora sobre bens do executado, já que, como sabido, o simples fato de se aderir a parcelamento não gera certeza irrefutável de que ele será honrado. Apesar de

existirem bons argumentos tanto no sentido de que a penhora poderia ocorrer como no oposto entendimento de que não se deve legitimar a constrição, preferimos nos posicionar com o entendimento de que após formalizado o parcelamento, **não se deve proceder à penhora de bens do executado.**

Prosseguindo no tema, cremos que, se o legislador, mesmo ponderando os riscos, optou por autorizar o acesso a parcelamento de débitos mesmo com a execução em andamento, deve restar de imediato suspensa a exigibilidade do crédito (inclusive a *exequibilidade*), nos termos do disposto no art. 151, VI, CTN, não se impondo ao executado o desconforto de suportar gravames sobre seus bens. Se optou voluntariamente por uma forma de adimplemento autorizada pelo legislador, demonstrando, ainda que em tese, sua boa-fé, reputamos unicamente correta a postura do fisco de aguardar o desenrolar do termo a que **ele também se vincula**. Não é, a nosso ver, razoável gerar constrições nos bens do executado que está regular e voluntariamente cumprindo o parcelamento. Quanto ao risco de alienação desses bens, lembramos que ele é quase nulo, pois, já havendo execução fiscal em curso, qualquer ato de oneração ou alienação que viesse a comprometer a solvabilidade seria considerado fraudulento e não se oporia ao credor fiscal (vide aplicação das normas emanadas do instituto da **fraude à execução fiscal**, esposadas no art. 185 do CTN).

Apesar da tese por nós defendida, sabemos que em linha oposta é comum que se sustente a aplicação do art. 10 da LEF para justificar a possibilidade de lavratura de auto de penhora mesmo quando ocorre adesão a parcelamento do débito. É que o aludido dispositivo afirma que, salvo ocorrendo “pagamento” ou oferecimento de “garantia”, a penhora poderá recair sobre o patrimônio do executado. Ou seja, no mencionado comando legal o legislador apenas afastou a possibilidade de penhora caso haja pagamento ou oferecimento da garantia. Com base nessa previsão, sustentam os que laboram na implementação da tese favorável à penhora de bens do executado, mesmo com adesão a parcelamento, que o legislador não proibiu a constrição em tais hipóteses, e que ela deveria ser efetivada para preservar a supremacia do interesse público.

Mesmo respeitando os que assim se posicionam, não conseguimos acompanhar a tese, até porque reconhecemos que o fato de não se ter feito qualquer referência ao parcelamento no art. 10 da LEF se dá por um motivo óbvio, qual seja, a LEF foi escrita em 1980 quando ainda não existia previsão no texto do CTN que o parcelamento era causa de suspensão da exigibilidade do crédito, o que só passou a ocorrer por força da inserção do inciso VI no art. 151 do *Codex Fiscal*, quando da aprovação da LC 104/2001. Naquela época, a advocacia tributarista buscava ver reconhecido o efeito suspensivo equiparando o parcelamento a uma modalidade especial de moratória para tentar obter o efeito suspensivo no termos do art. 151, I, do CTN. Logo, o que nos parece claro e aqui se quer colocar é que àquela época, em 1980, o legislador, ao fazer alusão à possibilidade de penhora e excepcionar seu cabimento apenas quando houvesse oferecimento de garantia ou **pagamento**, não se preocuparia em fazer menção ao caso do parcelamento, especialmente por esse fator supracitado, de que naquele tempo tal medida não era prevista expressamente como causa de suspensão da exigibilidade do crédito, e, ainda mais, pelo fato de que o art. 111, I, afirma dever ser aplicada a interpretação literal sobre as causas de suspensão do crédito, bem como o art. 141 afirma que não se admitem outras que não as previstas no próprio Código. Por assim ser, acreditamos que o fato de o

legislador **no ano de 1980** não ter vedado a penhora nos casos de parcelamento não permite concluir que atualmente, especialmente após o advento da LC 104/2001, se manifestaria do mesmo modo. Preferimos crer, portanto, na linha do posicionamento já declinado, que, havendo adesão ao parcelamento, quando autorizado por lei, não se devem praticar atos constritivos ao patrimônio do executado. A única exceção que nos faz abdicar do nosso entendimento se daria se a própria lei concessiva do parcelamento expressamente condicionasse o direito de aderir ao programa de adimplemento fracionado ao oferecimento prévio de bens à penhora ou se expressamente autorizasse a medida constritiva; aí, sim, não temos dúvidas, seria cabível a constrição. Por fim, entendemos oportuna a transcrição do mencionado art. 10 da Lei de Execuções Fiscais:

> **Lei 6.830/1980, art. 10.** Não ocorrendo o pagamento, nem a garantia da execução de que trata o artigo 9.º, a penhora poderá recair em qualquer bem do executado, exceto os que a lei declare absolutamente impenhoráveis.

14.3.3. Da inércia e do silêncio do executado citado

É, como dito, possível que o executado, após citado, nada faça, permanecendo inerte. Em tais hipóteses, ele não chega a confessar a dívida, assumindo-a, concordando com a veracidade do alegado, nem mesmo a nega, buscando uma tutela jurisdicional que lhe favoreça e que almeje extinguir a execução com um julgamento de improcedência.

É comum que se fale que, esgotado o prazo para o exercício da opção de reconhecer e tentar adimplir a dívida (pagamento ou parcelamento) ou de impugná-la, consumam-se os "efeitos da revelia", restando aplicada a presunção de veracidade sobre as alegações apresentadas pela Fazenda exequente e relativas ao conteúdo da CDA. Tal afirmação, todavia, merece muito cuidado, pois, depois de consumada a inércia do executado e autorizada a formalização da penhora, caso ela ocorra, ainda assim, **após a intimação da penhora, abrir-se-á prazo de trinta dias para que o executado possa embargar a execução**. Do mesmo modo, o mero fato de se ter consumado a penhora **não torna impedida a oposição de exceção de pré-executividade**. Portanto, a postura de não apresentar defesa nem de assumir a dívida, ficando inerte, não impede defesa em momento superveniente, pelo que nos parece de todo inadequado falar em **"revelia"** nas execuções movidas pela Fazenda Pública.

Um fato, todavia, é certo, e quanto a isso não nos parece caber discordância: **esgotado o prazo dado pelo legislador para pagamento ou oferecimento de garantia, torna-se cabível a constrição do patrimônio do executado**. Tal prazo, rememoremos, será de **cinco dias,** de **trinta dias** ou de **sessenta dias**, dependendo das características da citação. Tratando-se de **citação postal ou pessoal, o prazo será de cinco dias**, nos termos da regra prevista no *caput* do art. 8.º da lei especial regente dos executivos em estudo; já tratando-se de **citação por edital, o prazo será de trinta dias ou de sessenta dias, prazo último esse apenas quando se trate de réu ausente do país**, conforme se depreende da leitura das regras fincadas no art. 8.º, IV e § 1.º, da Lei 6.830/1980.

14.3.4. Da postura do executado de impugnar a execução fiscal, buscando vê-la julgada improcedente

Dedicaremos um item à parte, logo a seguir, para que cuidemos com precioso carinho do tema

referente às medidas processuais que podem ser adotadas quando o executado opta pela decisão de se defender diante da execução proposta contra sua pessoa, entendendo ser ela indevida. Não obstante, teceremos algumas breves digressões ainda neste tópico.

O primeiro ponto que registramos é no sentido de que, **quanto ao conteúdo da defesa**, o executado pode se valer de algumas diferentes linhas argumentativas de defesa, sendo possível, para fins didáticos, agrupá-las em **dois blocos:** de um lado, as chamadas **defesas de caráter estritamente processuais** (vícios de competência do Juízo, vícios quanto ao procedimento citatório, assim como quaisquer outros vícios relativos ao procedimento condutor do ajuizamento da demanda); de outro lado, as chamadas **defesas de caráter predominantemente materiais**, quando então buscará alegar vícios de direito material tributário para demonstrar que não merece prosperar a intenção executiva da Fazenda autora.

Quando o executado pauta sua impugnação nas **defesas de caráter predominantemente material**, o que se percebe é que seu ônus é o de demonstrar a **nulidade do título executivo**, mediante a **comprovação da inverdade do seu conteúdo**. Ou seja, o que deve o executado provar na sua defesa é a **carência de um dos atributos do título executivo**, quais sejam, a **certeza,** a **liquidez** e a **exigibilidade**. Provando que o título não é dotado dessas três características cumulativamente, estar-se-á comprovando sua **nulidade,** e, provada a invalidade do título executivo, prova-se a nulidade da própria execução (CPC, arts. 580, 586 e 618). Nesse compasso, o que deve o executado demonstrar em juízo quando da apresentação da sua defesa é que a cobrança feita pela Fazenda recai sobre débito não dotado de liquidez, ou de certeza, ou de exigibilidade, deixando evidente o vício de conteúdo no título executivo.

Como sabido, a CDA goza de presunção de validade, claro. Todavia, jamais se esqueça que tal presunção é uma **presunção relativa** (*iuris tantum*), a qual **admite prova em contrário**, vide textos idênticos insculpidos no CTN, art. 204, parágrafo único, e na LEF art. 3.º, parágrafo único. Transcrevemos o último dos dispositivos citados:

> **Lei 6.830/1980, art. 3.º** A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez.
>
> **Parágrafo único.** A **presunção** a que se refere este artigo é relativa e **pode ser ilidida por prova inequívoca**, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite (grifo nosso).

É exatamente esse caráter de **relativa** presunção que milita a favor da veracidade do conteúdo ínsito na CDA que tais informações podem ser questionadas.

Daí o executado poder, a título de exemplo, assumir defesa no sentido de evidenciar não se tratar de **dívida certa**. O atributo da "certeza" está ligado a duas constatações: de um lado, a **existência** da dívida (verificar que realmente ocorreu o fato gerador da relação tributária, bem como que o crédito ainda não está dissipado por qualquer de suas modalidades de extinção – art. 156, CTN); de outro lado, a **identificação do sujeito passivo correto** (dívida **certa** para fins de exequibilidade é aquele que, além de existir, permite identificar com precisão quem é o sujeito passivo fixado pelo legislador para responder pelo débito; é imprescindível que a pessoa de quem está sendo cobrada a dívida seja exatamente a que o legislador definiu como aquela contra quem se poderia dirigir a exigência de adimplemento).

Para fins práticos, as **defesas de mérito atacando o elemento "certeza"** normalmente se fazem

dentro de **quatro linhas de questionamento**. Comentemos.

Na primeira das linhas de defesa em que se argumenta estar viciada a CDA por **falta de certeza do débito**, a defesa é feita sob a sustentação de não ocorrência de fato gerador de relação tributária. Nesses casos, demonstra-se ora que não aconteceu a conduta alegada pela Fazenda, como aquela que atrairia a norma de tributação, ou, então, menciona-se que a conduta que ocorreu não traduz a materialização da hipótese de incidência da norma tributária, configurando fato atípico. Em qualquer dos dois casos, o que se tenta provar em juízo é que **não houve fato gerador da relação tributária, inexistindo a dívida, não se tratando de "dívida certa"**. Imagine-se, por exemplo, a hipótese em que a fazenda esteja executando, em erro, certa pessoa que jamais importou bens, cobrando-lhe imposto de importação sobre uma operação que ela jamais celebrou (inocorrência de fato gerador). Em outra exemplificação, imagine-se a situação em que a Fazenda viesse a cobrar de certa pessoa imposto de renda sobre verba indenizatória, ou ISS sobre um locador de veículos sobre preços recebidos em razão de contratos de locação de coisas móveis, ou, ainda, IPVA sobre propriedade de veículos aéreos ou náuticos; em todas essas hipóteses as condutas alvejadas pela tributação traduzem fatos atípicos, não configurando as hipóteses de incidência dos referidos impostos, pelo que indevida a cobrança do tributo (não incide imposto de renda sobre indenizações – vide Súmula 498/STJ – nem incide ISS sobre locações de coisas móveis – vide Súmula Vinculante 31 do STF –, assim como não incide IPVA sobre propriedades de embarcações e aeronaves – vide farta jurisprudência do STF no sentido de que a hipótese de incidência do IPVA se restringe às situações de titularidade de veículos terrestres, o que se estabeleceu desde o famoso precedente do julgamento no RE 134.509/AM).

Em uma segunda linha de questionamento, argumentando-se **não se tratar de dívida certa**, o que se sustenta é que, **não obstante tenha ocorrido o fato que gerou a relação jurídica obrigacional tributária**, **o crédito já se extinguiu**, sendo indevida a execução por inexistência de débito (por parte do contribuinte executado) e crédito (por parte do exequente). É que ocorre sempre que a defesa se pauta, por exemplo, na alegação de **consumação de prescrição**. Do mesmo modo, o que acontece quando já ocorreu o **pagamento** da dívida, a qual, em erro, está sendo cobrada novamente. Nessas situações, o título executivo está viciado pela **falta de certeza**, já que não mais existe o crédito alegado.

Em uma terceira linha de defesa, muito parecida com a primeira, o executado alega a inexistência da dívida, mas não com base no argumento de inocorrência de fato gerador, e sim sob a sustentação de **não nascimento de dívida**, mesmo tendo ocorrido o gato gerador da relação jurídica obrigacional tributária. É o que ocorre nas situações em que o próprio fisco concede benefícios fiscais de **dispensa de pagamento**, exonerando o contribuinte de todo e qualquer dever de adimplemento, mesmo tendo ocorrido fato gerador da relação tributária. Duas situações do dia a dia evidenciam a moldura fático-jurídica ora em comento: **concessão de isenções** e **tributações com alíquota zero**. Em ambas as hipóteses, o fato é típico, a norma tributária incide, esse fato **gera** a relação jurídica obrigacional tributária, mas **não surge dívida fiscal**, força da aplicação dos benefícios fiscais em apreço. Se em tais situações a Fazenda ignora a vigência do favor fiscal e impõe a tributação, caso haja execução fiscal, poderá o executado atacar o conteúdo da CDA, demonstrando não se tratar de

"dívida certa", evidenciando a nulidade do título executivo e da própria execução, pleiteando sua improcedência.

A quarta linha de defesa para fins de demonstrar a **incerteza** do "débito" exequendo consiste na demonstração de **ilegitimidade passiva**, conforme já comentado em tópicos anteriores deste capítulo. Nesse caso específico, o executado apenas terá o ônus de provar que não era o "executável", demonstrando o erro do exequente em imputar a ele, executado, o débito para o qual ele não deve ser responsabilizado. Caso prove que realmente não é ele o sujeito passivo a que a lei define como o responsável pelo adimplemento, estará evidenciando o vício insuperável do título executivo, demonstrando, mais uma vez, não se tratar de "dívida certa", pelo que poderá pleitear a extinção da execução, pelo menos em relação à sua pessoa (caso haja outros réus no processo, pedirá apenas sua exclusão, pleiteando a redução subjetiva processual).

Diferentemente das quatro hipóteses acima aventadas, em que a defesa se faz por meio da demonstração da **incerteza**, o que também pode ocorrer é a alegação de **iliquidez**. Em tais situações o executado não alega inocorrência de fato gerador, inocorrência de dívida, nem mesmo ilegitimidade passiva. A defesa se fará com base na demonstração de **erro quanto ao valor exequendo**, seja por se estar cobrando em excesso (em razão de aplicação indevida das normas de fixação da base de cálculo, da alíquotas ou dos consectários da mora) ou por se estar cobrando um débito que ainda não tem seu valor realmente definido. A **iliquidez** do título executivo não está ligada à inexistência da dívida nem mesmo ao erro na imputação da sua responsabilidade, mas apenas quanto ao seu valor.

Por fim, pode ainda ocorrer que se esteja diante de uma situação fática em que a dívida **ainda não é exigível**, em face do fato de ainda não estar em mora o contribuinte, não restando configurado o inadimplemento. Do mesmo modo, pode ser hipótese em que a exigibilidade esteja temporariamente suspensa. Em tais circunstâncias, caso seja ajuizada a ação de Execução Fiscal, tratar-se-á de situação em que o vício do título executivo consistirá na carência do atributo da "exigibilidade", sendo, por certo, a defesa de mérito pautada na **arguição de inexigibilidade da dívida**. À guisa de exemplo, pense no caso em que o administrado tenha promovido tempestivamente a impugnação administrativa de um lançamento e que o processo administrativo fiscal ainda não tenha se encerrado. Ora, em tais circunstâncias ainda sequer é passível a inscrição do valor cobrado em dívida ativa, quanto mais o ajuizamento de ação executiva. Em outra frente, imagine-se o caso em que o contribuinte, já moroso, venha a aderir a termo de parcelamento, de modo regular e na forma da lei que o autorize; se em tais situações for ajuizada a demanda executória, poderá o executado impugnar a CDA sustentando a **inexigibilidade** do débito, o qual, não obstante exista exatamente no valor que foi cobrado e que seja de sua plena responsabilidade, não pode ser objeto de execução, pois em razão do cumprimento normal do parcelamento deferido resta sua exigibilidade suspensa, impedindo-se a exequibilidade. Da mesma forma, nos casos de deferimento de tutelas de urgência nas ações ajuizadas antes da execução fiscal, sejam as tutelas antecipadas nas ações ordinárias ou as liminares em sede de Mandado de Segurança; concedidos os provimentos liminares, restará suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do disposto no art. 151, IV e V, do CTN, tornando-se **inexigível judicialmente** o crédito da fazenda. Por fim, seria o mesmo caso na hipótese de já ter sido

realizado depósito do montante integral em dinheiro em sede de Ação Anulatória já ajuizada ou em sede de Ação Consignatória também em andamento, aplicando-se aqui a norma do art. 151, II, do CTN com amparo na Súmula 112 do STJ. Em todas essas hipóteses ora exemplificadas, restando suspensa a exigibilidade do crédito tributária, incabível o ajuizamento de ação de Execução Fiscal, o qual, caso ocorra, revelará nulidade insanável por força da materialização do vício de inexigibilidade da dívida.

Passo, no próximo tópico, a cuidar das ferramentas processuais adequadas para viabilizar o exercício da defesa por parte do executado.

15. IDENTIFICANDO AS POSSÍVEIS FERRAMENTAS DE DEFESAS DO EXECUTADO

15.1. Noções iniciais fundamentais

Duas vias de defesa revelam-se como as **tradicionais ferramentas de "defesas do executado"**, sendo certo que, no dia a dia da advocacia tributária, é no manejo ora de uma ora da outra, os advogados tributaristas defendem seus clientes quando são indevidamente demandados pela Fazenda em Execuções Fiscais que não se lastreiam sobre dívida líquida, certa e exigível. Falamos, a toda evidência, da **Ação de Embargos à Execução Fiscal**, bem como do **Incidente Processual de Defesa chamado Exceção de Pré-executividade (EPE)**, ao qual, para nós, cai melhor a nomenclatura **"Objeção de Não Executividade (ONE)".** Realmente são essas duas ferramentas, os Embargos do Executado e a Exceção de Pré-executividade, as que normalmente servem o executado para que por via delas deduza sua insurgência em face da CDA, pleiteando a tutela jurisdicional que declare a improcedência da demanda executiva contra si proposta.

Não obstante serem, de fato, essas duas ferramentas, aquelas que usualmente se utilizam, não se pode ignorar ser cabível a exortação de defesa por meio do manejo de outros veículos, pois, apesar de não ser o mais comum, existem certas molduras fáticas, durante o trâmite da Execução Fiscal em andamento, que autorizam o uso da **Ação Anulatória**, bem como a impetração do **Mandado de Segurança**. Seriam, a nosso pensar, **vias de defesas impróprias**, não obstante **cabíveis, a depender do caso concreto**. Cabíveis, com base nos argumentos lógicos que declinaremos, em razão da ausência de proibição, e, sem dúvida, por força da já consumada chancela jurisprudencial, existindo diversos precedentes no STJ reconhecendo a possibilidade (ainda que em caráter excepcional) de ajuizamento em algumas situações, e desde que observados alguns limites, da Ação Anulatória e do Mandado de Segurança.

Cremos, em particular entendimento, que tais ferramentas realmente só devem ser utilizadas em situações excepcionais, especialmente nos casos em que **não seja cabível o uso de uma das defesas próprias do executado**. Em outras palavras, a nossa crença se dá no prumo de que, quando for cabível a defesa por via do ajuizamento dos Embargos ou da oposição da EPE, não deve ser franqueado o acesso à Ação Anulatória nem mesmo ao Mandado de Segurança. Acreditamos que tais defesas impróprias devem ser de manejo regido pela restritiva regra da **subsidiariedade do**

cabimento, o que declina posicionamento que prestigia a estrutura normativa erguida no sistema legislativo vigente, vocacionada para fazer dos Embargos do Executado a via própria de defesa do demandado, o que, por força da longa marcha doutrinária e advocatícia, se flexibilizou para aceitar a figura da Exceção de Pré-executividade como companheira de habitual e concorrente cabimento, devendo apenas ser observados os requisitos de admissibilidade de uma e de outra. Portanto, temos convicção de que o modo de se defender um executado em sede de Execução Fiscal deve ser, preferencialmente, por meio das **defesas próprias do executado**, e somente se elas realmente não forem cabíveis é que, **subsidiariamente**, se pode passar a analisar se estão presentes os demais requisitos de admissibilidade das demais defesas, para que então, em homenagem às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, se admita o ajuizamento da autônoma Ação Anulatória ou do Mandado de Segurança.

No item a seguir descortinado passaremos a abordar o cabimento das **defesas próprias**, para que o leitor tenha o devido conhecimento dos requisitos de admissibilidade e das regras de cabimento ora dos Embargos do Executado, ora da Exceção de Pré-executividade.

15.2. Das defesas próprias. Embargos do executado e exceção de pré-executividade. Do cabimento de cada uma. Dos requisitos de admissibilidade

15.2.1. Noções iniciais fundamentais. Diferenças estruturais entre os embargos e a EPE

O primeiro ponto a registrar é que a ferramenta dos **Embargos do Executado**, assim como a da **Exceção de Pré-executividade**, serão alvo de estudo totalmente detalhado nos capítulos seguintes desta obra, pelo que, neste tópico, serão registradas apenas algumas observações que precisam ser firmadas em caráter preliminar, antes mesmo que se desfraldem os capítulos próprios ao aprofundamento do tema. São noções elementares que realmente precisam passar pela averbação nas presentes páginas.

De plano inicial, não podemos deixar de lembrar que, quando falamos dos **Embargos do Executado**, estamos nos referindo a uma **ação autônoma**, que requer ajuizamento novo, sendo proposta mediante apresentação de **petição inicial**. Ainda que se tenha a **distribuição por dependência** à ação de Execução Fiscal que fora previamente ajuizada e que está sendo objeto do ataque embargante, trata-se de verdadeira **ação nova,** ajuizável na mesma vara em que foi proposta a ação pela Fazenda exequente, a qual, agora, figurará no polo passivo da ação de defesa do contribuinte, como exequente **embargada**. Em outra perspectiva, quando falamos da **Exceção de Pré-executividade**, não estamos fazendo alusão a uma nova ação, autônoma, ensejando a formação de novos autos e ensejando a edificação de um novo processo. Não. Sequer se fala de petição **"inicial"**. Quando se analisa a **EPE**, o que se tem é uma **defesa processada nos próprios autos da ação de Execução Fiscal**, não ocorrendo novo ajuizamento de ação nem formação de novos autos processuais. A defesa, como firmado, se processa mediante protocolização de simples petição, na própria Vara onde tramita o feito executivo, pedindo-se **sua juntada aos autos e que se dê vista ao juiz**, para que então possa ele, tomando ciência do feito, recebê-la (ou não) e julgar (ou não) o

pedido formulado. A defesa, reitere-se com a cuidadosa insistência que o tema clama, deverá ser feita no bojo da própria ação executiva, não se mencionando sobre uma nova ação. É por isso, inclusive, que a petição de EPE não pode ser considerada uma "petição inicial", o que interfere, como se sabe, no controle de sua regularidade formal, pois, não sendo uma "petição inicial", não se pode exigir sua plena adequação aos proclames normativos fixados no art. 282 do CPC (realmente, em sede de EPE, não se dá valor à causa, não se pode considerar obrigatória a qualificação das partes etc.).

15.2.2. Dos requisitos obrigatórios para que seja admissível cada uma das defesas próprias

O cabimento de cada uma das defesas próprias do executado passa pelo cumprimento de certos requisitos de admissibilidade, os quais são distintos no que tange a cada um dos meios de defesa a ser analisado.

Para o cabimento da propositura da **Ação de Embargos do Executado**, **dois são os requisitos obrigatórios de admissibilidade**: de um lado, é imprescindível agir dentro do lapso temporal autorizado pelo art. 16 da Lei 6.830/1980, sendo a **tempestividade do ajuizamento** o primeiro dos dois requisitos para o cabimento da defesa embargante; em outra frente, o **oferecimento da garantia** também se revela como requisitos exigíveis para permitir que seja admitida a ação em comento.

No que tange à **Exceção de Pré-executividade**, nenhum desses dois requisitos é levado em consideração, restando pacificado no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a EPE se qualifica como um meio **atemporal** de defesa e **não sujeito a qualquer tipo de garantia**. O manuseio de tal instrumento processual de defesa pode se dar mesmo quando já esgotado o prazo para a propositura da ação de Embargos, sendo tema devidamente pacificado na órbita da jurisprudência do STJ que o prazo fixado na LEF para impor o requisito da tempestividade para a propositura dos embargos não se estende ao uso da Exceção de Pré-executividade, ficando esta totalmente desvinculada do dever de obediência a qualquer regra de caráter temporal para determinar seu cabimento (vale a leitura do julgamento proferido no **AgRg no AgRg no Recurso Especial 1.028.879/SP**).

Nesse diapasão, liberta a EPE dos dois limites a serem observados no âmbito do controle de admissibilidade dos Embargos, a defesa incidente se sujeita, todavia, a requisitos de outra monta, para que seja então viável a aceitação, pois, **para que caiba a EPE, é necessário que se trate de matéria de ordem pública e não sujeita à dilação probatória**. Em outras palavras, de se registrar que a possibilidade de uso da Exceção de Pré-executividade é limitada a hipóteses em que se tenha situação fática em que o vício em que se pauta a defesa do executado seja **passível de conhecimento de ofício pelo juiz** e que, para ficar provada sua caracterização, **seja totalmente desnecessária qualquer produção de prova**. Insistindo, para que possa o executado se defender por via da EPE, ele não pode produzir qualquer tipo de prova, devendo se tratar, portanto, ou de fato público e notório que não desafia necessidade de qualquer produção probatória, bastando sua simples narrativa no corpo da petição, demonstrando ao juiz a ocorrência do vício incontestável, ou, então, de fato em que todas as provas necessárias para evidenciar o vício podem ser reduzidas a termo documental e

apresentadas ao juiz no corpo da petição incidental, não sendo preciso fazer produção de provas supervenientes para deixar evidenciado o vício alegado. Vale a leitura da **Súmula 393 do STJ** que não apenas reconhece o cabimento da EPE em sede de Execução Fiscal (seu natural habitat), como afirma serem exatamente esses dois os requisitos para sua admissibilidade (matéria de ordem pública e desnecessidade de dilação probatória).

Observe-se, ante o exposto, que existem, portanto, dois requisitos em cada caso, seja no da propositura de Embargos, seja no da oposição da Exceção de Pré-executividade. E não se confundem. Se o executado pretende se defender mediante o uso dos Embargos, deverá oferecer a garantia, bem como agir tempestivamente. No entanto, se pretende fazer a defesa por meio de EPE, tais requisitos são irrelevantes, devendo-se analisar, todavia, se a matéria ventilada é passível de ser conhecida de ofício pelo juiz, independentemente de arguição (matéria de ordem pública), e se o caso torna desnecessária a dilação probatória, sendo viável provar tudo o que se alega e que é necessário para convencer o magistrado a julgar improcedente a execução de plano, na própria apresentação da petição incidente de EPE.

Evidentemente que algumas conclusões lógicas são passíveis de extração independentemente de qualquer reflexão mais aprofundada. A primeira delas no sentido de que, a depender das características do caso concreto, somente uma ou a outra via de defesa se revelarão cabíveis, não sendo factível, em razão de tais eventuais particularidades da situação fática, a livre escolha por quaisquer delas. Do mesmo modo, *a contrario sensu*, também em virtude dos pormenores do caso concreto, pode ser plenamente viável a livre escolha para o feito da defesa por qualquer das ferramentas ora analisadas. Tomemos alguns exemplos nas linhas a seguir.

Cogite-se de situação em que contra o executado tenha sido proposta execução cobrando valor extremamente elevado, flagrantemente indevido, de modo que ele não tenha a mínima condição de oferecer bens em garantia (penhora) nem possua recursos financeiros para realizar depósito, bem como não lhe seja acessível, quiçá conveniente, conseguir carta de fiança bancária. Ora, em tais situações, inviável restará o acesso aos Embargos, pela impossibilidade (ou total falta de interesse) em oferecer a garantia. Considerando que esse executado tenha plenas condições de fazer prova pré-constituída de caráter estritamente documental a respeito da nulidade do título executivo, demonstrando de modo incontroverso o vício na demanda executiva, acusando a falta de certeza, de liquidez ou de exigibilidade, poderá fazer a sua defesa em sede de Exceção de Pré-executividade. Aliás, nas condições ora narradas na situação exemplificada, a defesa, em razão das particularidades cogitadas, **somente seria possível em sede de EPE**, não sendo viável o ajuizamento dos Embargos, seja pela total falta de condição de oferecimento de garantia ou pela absoluta falta de interesse do executado em onerar seu patrimônio, eventualmente existente.

Outro exemplo. Imagine-se hipótese em que o executado necessite da produção de provas durante o processo para demonstrar que realmente lhe assiste razão, sendo indevida a pretensão executória deflagrada pela Fazenda exequente. Em tais casos, em que possivelmente a prova a ser construída para convencer o magistrado a sentenciar pela improcedência da Execução Fiscal dependa de oitiva de testemunhas, ou de perícia, ou de análise posterior de documentos, livros, declarações ainda vindouras, não será viável o uso da EPE, somente sendo possível a defesa mediante o ajuizamento

dos Embargos, o qual exigirá a realização da garantia e o respeito ao requisito da tempestividade.

Em outra linha de cogitação, imagine-se situação em que o Executado, após intimado da penhora feita sobre bens do seu patrimônio, tenha perdido o prazo para ajuizar os Embargos, tendo passado lapso temporal superior a trinta dias a contar da intimação do gravame (art. 16, III c/c o art. 12 da Lei 6.830/1980). Se realmente for desnecessária a dilação probatória, poderá se defender por via da EPE. Demonstrando de modo irrefutável a nulidade do título executivo, poderá pedir a extinção da execução e a consequente liberação do bem, pois, ao demonstrar a nulidade do título executivo, estará ventilando matéria de ordem pública, qual seja, uma nulidade que infirma letalmente a viabilidade de prosseguimento da execução, de modo que o próprio juiz, se a tivesse percebido, estaria obrigado a declará-la de ofício.

Perceba-se, também, que em diversas situações serão plenamente cabíveis tanto a adução da Exceção de Pré-executividade como o ajuizamento da ação de Embargos à Execução Fiscal. Havendo tempestividade e possibilidade de oferecimento da garantia, bem como desnecessária a dilação probatória, cabíveis tanto uma quanto a outra via de defesa, sendo normal, em tais hipóteses, que se dê prioridade ao manejo da defesa incidental, em face do visível rol de vantagens que ela oferece, seja diretamente ao próprio executado, seja indiretamente à máquina pública. É que, como se percebe, a EPE tem processamento mais célere e é menos custosa. Além do mais, não impõe que o executado tenha que sujeitar seu patrimônio à agressão.

Para fins do controle de admissibilidade da Ação de Embargos, o demandado deve ajuizá-la sempre dentro do prazo de **trinta dias,** os quais se contam a partir de diferentes momentos, a depender de qual tenha sido a modalidade de garantia oferecida. Tratando-se de depósito, o prazo se inicia a partir da data de sua efetiva realização, discutindo-se a possibilidade de se abrir a contagem a partir do primeiro dia útil subsequente nas hipóteses de não ser possível o ajuizamento na mesma data da realização do expediente bancário. Nos casos de fiança, o trintídio flui a partir da juntada nos autos da ação de Execução Fiscal do comprovante de sua realização. Por fim, nos casos de penhora, o prazo trintenário se inicia a contar de quando venha a se materializar a **intimação da penhora**, sendo certo que ela se dá quando ocorre a **publicação da juntada nos autos do termo ou do auto de penhora** (art. 12 da LEF).

Quanto à **garantia**, ela deve ser dada nos moldes do autorizado no art. 9.º, em seus quatro incisos, admitindo-se, além do feitio do depósito em dinheiro e da apresentação de carta de fiança bancária, a indicação de bens à penhora, sejam bens próprios ou de bens de terceiros, e nesta última hipótese deve haver não apenas o consentimento dos titulares (inclusive o respectivo cônjuge a depender do regime de bens que envolva o enlace matrimonial), mas também da Fazenda Pública. Quanto ao limite da garantia, o STJ vem flexibilizando para que em algumas hipóteses se admita a propositura dos Embargos quando a penhora recaia sobre bens que não cubram a totalidade do montante exequendo, mas desde que sejam todos os bens que o executado possua, que seu valor não seja insignificante em relação ao total exequendo e que o executado não esteja de má-fé, ficando, em tais hipóteses, cabível a qualquer tempo o reforço de penhora, caso o demandado venha a alargar seu patrimônio.

Quanto à Exceção de Pré-executividade, importante deixar bem claro ao leitor que seu cabimento não está relacionado com qualquer outra valoração que esteja fora do campo de análise da natureza da matéria (tem que ser matéria de ordem pública) e da desnecessidade de dilação probatória. Nesse viés, insustentável a tese restritiva ainda sustentada por algumas vozes na nossa doutrina alegando ser inadmissível o uso da EPE quando já restando efetivada a penhora sobre bens do executado. Insustentável tal restrição, já tendo o próprio STJ afastado de todo sua aplicação. Não raro são acolhidas as defesas apresentadas em sede de EPE após a penhora feita. O que importa, para fins práticos, é analisar se toda a alegação formulada pelo executado na petição de defesa acostada nos autos do processo da ação de Execução Fiscal, bem como o rol de documentos eventualmente anexados, é suficiente para provar a nulidade do título executivo. Se for capaz de provar, deixando claro e incontroverso não ser necessária a produção de nenhuma outra prova, não há razão para que o juiz negue aceitação à medida. Recebê-la-á, intimará, por certo, a Fazenda exequente, agora *excepta*, da defesa incidente apresentada pelo executado *excipiente*, e, convencido das alegações e das provas pré-constituídas apresentadas, pode acolher o pedido e julgar a Execução improcedente, convencido do bom direito do excipiente. Quanto ao tema, vale a leitura de alguns julgados em que o STJ reiteradamente afirmou ser cabível o uso da EPE mesmo após o gravame da penhora já estar devidamente sedimentado, a destacar o já indicado **AgRg no AgRg no Recurso Especial 1.028.879/SP**, assim como o **EDcl no Recurso Especial 818.453/MG**, bem como o **AgRg no Agravo em Recurso Especial 12.591/RJ** e, ainda, no **EDcl no Recurso Especial 929.266/SP.**

Destaco, ainda, que em cada um desses precedentes o vício relativo ao direito material tributário era atinente a diferentes temas, o que apenas corrobora a certeza de que a EPE não será cabível (ou incabível) em razão de ser a matéria a matéria 'x', 'y' ou 'z', mas sim em relação à análise perfunctória do caso concreto para que se detecte que, tratando-se da matéria "x", "y" ou "z", **naquele determinado caso concreto, é desnecessária a dilação probatória, sendo possível comprovar de plano e documentalmente todo o vício a infirmar o título executivo**. Nos precedentes acima citados, para fins de ilustrar situações em que foram aceitas Exceções de Pré-executividade mesmo após a realização da penhora, a matéria alegada ora passava pelo reconhecimento do direito de gozo de **imunidade tributária**, ora pela **alegação de consumação de decadência**, ora pelo **reconhecimento de ilegitimidade passiva**, havendo diferentes teses quanto à defesa meritória. O que houve de comum em todos os casos foi a possibilidade de demonstrar a nulidade do título executivo sem qualquer necessidade de dilação probatória. Fazendo-se essa prova, está-se diante de inequívoca matéria de ordem pública, não só passível de conhecimento de ofício pelo juiz, como **devida** de conhecimento de ofício caso o juiz enxergue o vício.

15.2.3. Ação anulatória e execução fiscal

Caso, na prática, o executado se encontre em situação em que seu patrimônio já fora penhorado e se esgotou o prazo para a propositura da ação de Embargos, sendo ainda que a tese de defesa desafie a necessidade de dilação probatória (o que afastará o cabimento da exceção de pré-executividade), somos dos que acompanham o entendimento sedimentado no STJ no sentido de que, obedecido um

requisito, se torna cabível o ajuizamento da Ação Anulatória, a qual deve ser proposta na própria Vara em que tramita o feito executivo e endereçada ao mesmo juiz, assim como se faria no caso do ajuizamento dos Embargos. Entendemos que, se o executado que já perdeu o prazo para embargar quiser defender seu patrimônio (já atingido pelo gravame) produzindo provas para dar sustentabilidade a suas alegações, poderá, ao arrepio do silêncio do legislador, e **desde que ofereça depósito em dinheiro substitutivo da penhora**, apresentar sua defesa, pedir e ter deferimento para produção de provas, tentando demonstrar que o título executivo é viciado e que a ação executiva não merece prosperar.

É notório que o tema provoca caloroso debate entre os estudiosos, sendo forte a corrente dos doutrinadores e operadores do direito tributário que negam a possibilidade do uso da Ação Anulatória quando já ajuizada a ação de Execução Fiscal, especialmente após a perda do prazo para os Embargos pelo demandado. Os dois argumentos mais comumente utilizados vêm no sentido de que, primeiramente, a LEF, além de não autorizar tal possibilidade, a teria vedado, bem como, em segunda linha de argumentação, sustenta-se que a admissibilidade da Ação Anulatória após a perda do prazo para propositura dos Embargos seria uma banalização da regra da tempestividade para oferecimento de tal defesa, a qual restaria cabível independente de prazo, apenas ganhando uma disfarçada nova nomenclatura, qual fosse “Ação Anulatória”.

Aqueles que negam o cabimento da Ação Anulatória se apoiam, ao afirmarem que a LEF a veda, na confusa redação do *caput* do art. 38, que, segundo os defensores do posicionamento proibitivo ora analisado, teria determinado expressamente que a Ação Anulatória, assim como as demais ações de defesa do contribuinte, só seriam cabíveis fora do habitat da execução, pois, segundo essa forma de interpretação do texto legal, o mencionado dispositivo teria afirmado expressamente que em sede de execução fiscal somente pela via dos Embargos seria cabível a defesa do executado. Em particular, discordamos. Aliás, a leitura do mencionado art. 38 jamais nos convenceu dessa linha interpretativa sustentada pelos que negam cabimento da Ação Anulatória em sede de Execução Fiscal. E não diferente tem sido a postura do Superior Tribunal de Justiça analisando o tema, o qual tem, no seu repertório de jurisprudência, farta quantidade de julgados no sentido da tese por nós (e por tantos outros colegas) defendida, aceitando, dentro de alguns limites e de análises casuísticas (sempre pautadas no primado da tutela aos comandos constitucionais de proteção ao contraditório, ampla defesa, acesso à prestação jurisdicional e devido processo legal), o cabimento da Ação Anulatória.

Os casos mais comuns em que o STJ aceitou a Ação Anulatória tiveram uma peculiaridade singular. É que neles o contribuinte, após ter seus bens penhorados e ter perdido o prazo para o ajuizamento de Embargos, ajuizou a Ação oferecendo depósito em dinheiro do valor correspondente ao montante integral da dívida exequenda, pedindo a liberação do bem penhorado do gravame que o onerava. Em tal hipótese, em vez de apenas peticionar nos autos pedindo a substituição da penhora pelo dinheiro (o que pode ser feito a qualquer tempo, vide regra fincada no art. 15 da Lei 6.830/1980), solicitou que fosse apreciada sua tese de defesa. Alegou que estava oferecendo em juízo o valor total suficiente para encerrar a dívida e acautelar o interesse da fazenda, livrando-a de todo e qualquer risco de inadimplemento, dos inconvenientes, entraves, custos e desgastes relacionados com o deslinde da liquidação da garantia, e, pediu, para tanto, que se avaliasse o

cabimento da arguição de sua defesa. O STJ entendeu razoável a tese, e, como suprafrisado, valorando os comandos constitucionais erigidos nos incisos XXXV e LV do art. 5.º (acesso à justiça, contraditório, ampla defesa e devido processo legal), bem como prestigiando os pilares constitucionais modernos controladores da condução de todo e qualquer processo, quais sejam, a razoabilidade e a proporcionalidade, aceitou ser cabível a propositura da Ação Anulatória em tais circunstâncias.

Observe-se que a singular particularidade desses casos concretos residiu no fato de que **o executado ofereceu o depósito em dinheiro para substituir a penhora**. Ora, entendemos que foi exatamente por força dessa medida que se tornou **razoável e proporcional** a valoração do cabimento da Ação Anulatória mesmo já tendo se consumado a perda do direito de uso da ação que lhe seria equivalente e mais adequada para o mesmo fim pretendido. Nesse viés, temos dúvida quanto ao cabimento da mesma Ação (Anulatória) sem que se ofereça o depósito. Há os que defendem seu cabimento com pedido de tutela antecipada, almejando a suspensão do processo executivo e a valoração da tese esposada na inicial da ordinária supervenientemente ajuizada. Confessamos não nos parecer adequada tal possibilidade, pois com sua aceitação restaria por demais enfraquecida a estrutura do sistema, especialmente no que diz respeito à regra legalmente imposta de obediência à tempestividade para ajuizamento da ação própria de defesa, qual seja, a Ação de Embargos. Cremos só ser razoável flexibilizar a defesa com produção de provas a serem realizadas após vencido o prazo para ajuizamento da ação adequada para esse fim, no caso de haver razoável justificativa para sustentar esse excepcional cabimento, e enxergamos no oferecimento do depósito em dinheiro o único caminho de boa razão para lastrear tal intento.

Por fim, registremos que caso ainda haja prazo para oferecimento dos Embargos, não se deve cogitar de Ação Anulatória. Aliás, entendemos que, se esta for ajuizada na mesma vara em que fora a Execução, e desde que oferecida garantia nos termos do autorizado no art. 9.º da Lei 6.830/1930, poderia o juiz, observado o caso concreto, recebê-la como Ação de Embargos, aplicando a regra da instrumentalidade, e unicamente por força de querermos aqui salvaguardar o valor da proteção ao contraditório e da ampla defesa. Não duvidemos, todavia, se tratar de erro visível, pois o certo seria propor a ação como Ação de Embargos do Executado.

CAPÍTULO II
EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

1. CONCEITO E NOÇÕES INICIAIS SOBRE OS EMBARGOS À EXECUÇÃO

Nas execuções fundadas em título executivo extrajudicial, os *embargos à execução* se apresentam ao ordenamento jurídico com o propósito de atuarem como principal forma de defesa de um executado, quando este se vê sujeito ao desconfortável patamar de *réu* em processo executivo de tal natureza.

É via processual incidental à execução deflagrada, revelando-se como ação própria, autônoma, de natureza cognitiva, com a qual o devedor tem a chance de, alegando tudo o que for lícito e julgar adequado, de fato e de direito, discutir a validade da execução, estando livre para produzir todas e quaisquer provas, tentando inviabilizar a efetividade do processo ajuizado, demonstrando que a pretensão executiva do autor exequente é infundada, almejando alvejar o título executivo e assim ver reconhecido o equívoco da cobrança. É, com efeito, a primordial forma de defesa de um executado.

No tocante ao próprio nome, há divergência quanto ao uso da expressão embargos à *execução*, visto que muitas vezes não se pretende invalidar a própria execução, mas ataca-se apenas parte do objeto dela, não se pretendendo, portanto, embargar *a execução*, mas sim propiciar uma readequação do título e uma recompreensão do montante correto; e, às vezes, os embargos são ajuizados apenas em face de alguns *atos executivos,* mas não necessariamente da *execução* propriamente dita. Também se critica a expressão embargos *do devedor*, posto que tal nomenclatura já afirma a qualidade de *devedor* ao executado, que por tal via de defesa quer provar, na maioria das vezes, exatamente, que *não é devedor*. O ideal seria, e aqui seguindo as *lições de direito processual civil* do renomado jovem processualista e desembargador fluminense, Alexandre Freitas Câmara, apenas falar em *embargos do executado*, expressão que não seria viciada pelos riscos das imperfeições acima narradas. Não obstante, adotaremos a expressão *embargos à execução fiscal* para nos referirmos à ação de defesa do contribuinte executado pela Fazenda Pública, nomenclatura de maior difusão no meio jurídico e na advocacia tributária.

Os *embargos do executado* são manuseáveis tanto nas ações fundadas em títulos executivos extrajudiciais de natureza privada como nas execuções públicas, e, nesse último caso, quando a Fazenda Pública está executando dívida tributária ou não tributária em que se afeiçoa como credora inadimplida, utilizando-se do procedimento previsto na Lei 6.830/1980, a defesa do executado se chama *embargos à execução fiscal*.

Como ensinam Antônio Carlos Silva e Alexandre Câmara, os *embargos à execução* possuem caráter de *prejudicialidade*, pois revelam demanda que deverá ser apreciada antes do desfecho do processo executivo atacado, influenciando de modo direto na sua decisão, podendo fulminá-lo ou então provocar mudança de teor substancial em seu objeto. E, ainda, pode-se falar em caráter prejudicial também porque, havendo garantia oferecida pelo embargante, o juiz pode atribuir efeito

suspensivo ao feito executivo e assim afetar a continuidade da execução, suspendendo-a até o julgamento final da ação embargante, nos termos do que regula o art. 739-A do CPC.

> **Obs.:** nas execuções fiscais, como comentaremos a seguir, entendemos que os embargos gozam de efeito suspensivo originário, não se devendo estender a tais feitos a inovação trazida pela Lei 11.383/2006 que reformou o CPC e retirou o efeito suspensivo originário que o ajuizamento dos embargos provocavam na execução embargada, condicionado tal possibilidade aos requisitos narrados nos parágrafos do art. 739-A. Cremos que ainda deve prevalecer a especialidade da LEF e a aceitação de que a interpretação lógico-sistemática de seu corpo textual traz a inequívoca certeza de que os embargos têm efeito suspensivo da execução fiscal.

Vias de conclusão, vale frisar que os embargos não se confundem com qualquer modalidade de recurso, não se aproximam da contestação e das modalidades naturais de defesa do réu em processo de conhecimento, nem sequer se equiparam às exceções ou objeções. Traduzem, como dito acima, *ação autônoma* cognitiva, ajuizada contra a ação executiva, e, por assim ser, deve o embargante respeitar todos os requisitos legitimadores do ajuizamento de uma ação, suas condições e os consequentes fundamentos processuais.

Por fim, registre-se que, não obstante seja a ação de embargos peculiar aos executivos fundados em título extrajudicial, viável é o uso de tal defesa em algumas raras situações ligadas a execuções embasadas em títulos executivos judiciais, como na execução contra a Fazenda Pública e nas execuções por quantia certa contra devedor insolvente.

2. DA NATUREZA DA SENTENÇA

A sentença nos embargos tem natureza dúplice, *declaratória* e *constitutiva*, revelando-se essa última faceta a sua carga substancial. Toda sentença tem um conteúdo declaratório, a partir do momento em que afirma uma verdade. Algumas, entretanto, como a do caso presente, avançam, possuindo efeito constitutivo, modificando certa situação jurídica, ora atribuindo-lhe estrutura e efeito até então inexistente (constitutiva positiva) ou então retirando-lhe eficácia e imputando a desconfiguração de certa estrutura (constitutiva negativa).

A sentença de procedência almejada nos embargos tem em sua grande carga material a desconstituição do título executivo, e, a bem da verdade, do lançamento do crédito tributário que embasou a cobrança da dívida ensejadora da execução e fundamentadora dos embargos em tela. O que realmente se pretende no ajuizamento dos embargos é a desconstituição do título para assim eliminar sua executividade e privá-lo de qualquer eficácia. Evidentemente que, para que se possa implementar tal efeito de desconstituição, necessário será reconhecer a inexistência da dívida e declarar que não há direito ao crédito. Ou seja, o *provimento declaratório* é via para que se alcance o efeito *desconstitutivo* da sentença; primeiro, declara-se a inexistência da dívida, afirmando-se não haver liquidez e certeza, logo, sequer, exigibilidade, para assim justificar a invalidação do título; assim sendo, desconstitui-se pela sentença o título, a inscrição em dívida ativa e o próprio

procedimento administrativo de lançamento, que restará invalidado. Claro que, para que toda essa exemplificação faça sentido, estamos cogitando o exemplo em que o embargante embarga a execução fiscal alegando que *não existe a dívida*.

3. DA TEMPESTIVIDADE PARA EMBARGAR

3.1. Noções iniciais e comparação entre a Lei 6.830/1980 (LEF) e o CPC

A Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980) regula o procedimento especial dentro do qual tramita o processo executivo de dívidas tributárias e não tributárias da Fazenda Pública. Seguindo seus proclames, deferida a petição inicial pelo juiz, seu despacho importa em ordem para citação do réu, intimando-o para penhora, se não quiser pagar ou garantir por outra via (art. 7.º); citado o executado, nos termos e modalidades previstas no art. 8.º, o réu terá prazo de cinco dias para pagar a dívida, caso queira, ou oferecer a garantia, se pretender embargar, conforme se depreende da leitura do próprio art. 8.º, *caput*. Para garantir, dentro dos cinco dias contados da citação, poderá se valer dos meios descritos no art. 9.º (depósito, penhora ou fiança bancária). O prazo para ajuizamento dos embargos, previsto no art. 16 da LEF, será de 30 dias, contados da data do depósito, da intimação da penhora ou da juntada aos autos do comprovante da fiança bancária, quando for o caso de ter garantido o juízo por uma dessas vias. Ou seja, o procedimento que tem que ser idealizado pelo leitor é o seguinte: primeiro o juiz defere a inicial e despacha ordenando, entre outras coisas, a citação do réu e a intimação da penhora; cumprida a citação, abre-se prazo de cinco dias para oferecimento de garantia, o que se pode fazer indicando bens à penhora, apresentando fiança bancária ou depositando o valor executado; em cada um desses casos, então, abrir-se-á lapso temporal trintenário para que se ajuízem os embargos, contados, entretanto, em cada caso, de um termo inicial específico: no caso de garantia por penhora, do dia de sua intimação; no caso de depósito, do dia de sua realização; no caso de fiança bancária, do dia da juntada nos autos da prova de sua realização. Algumas observações importantes devem ser feitas.

A primeira grande observação é a que diz respeito ao próprio prazo. Nas execuções em geral ajuizadas com base em título executivo extrajudicial, não regidas pela LEF e disciplinadas unicamente pela lei processual geral (CPC), o prazo para oferecimento dos embargos do executado é de 15 dias, e não de 30, conforme se percebe na leitura do art. 738 do CPC. Ou seja, na execução fiscal, o executado tem prazo dobrado em relação às demais execuções, para poder, após garantir, ajuizar a ação embargante.

Comparando o procedimento da lei de execuções fiscais com o CPC, a segunda diferença a se destacar é o *termo inicial* desse prazo para embargos. No CPC, o citado art. 738 é claro e afirma que o prazo corre a partir da *juntada aos autos do mandado de citação*. Já a LEF, nos incisos do art. 16, determina que o prazo (que, aqui, repita-se, é de 30 dias e não de 15) corra da realização do depósito, da intimação da penhora ou da juntada aos autos da prova da fiança bancária. Percebe-se

que, na execução fiscal, o prazo para embargar, que é dobrado, *não corre da juntada aos autos do mandado citatório*.

3.2. Do início do prazo nos casos de garantia mediante depósito. A atual jurisprudência do STJ

Ponto importante a destacar diz respeito aos casos em que a garantia é feita pelo depósito. Muito se discutiu na doutrina sobre o momento exato a partir do qual se deveria considerar aberto o prazo de 30 dias para ajuizamento dos embargos a execução fiscal, nos casos em que a garantia fosse feita por via do depósito. Isso porque a LEF dispôs, no seu art. 16, I, que o prazo correria *do depósito*, e muitos doutrinadores entendiam que não bastaria o depósito para abrir o prazo, sendo necessário que se formalizasse o depósito, reduzisse tal feito a termo e se trouxesse aos autos a prova do mesmo, dando ciência ao juiz da execução e, em especial, ao exequente. Somente a partir da *intimação* ao exequente do depósito feito, oficializando-lhe que foi feita a garantia (a qual se fez dentro do prazo), é que seria aberto o prazo para embargar. Durante muito tempo essa discussão pairou, dentro do próprio STJ, onde os Ministros entraram em divergência de compreensão sobre o tema ensejando certa insegurança na compreensão da matéria, propagando jurisprudência vacilante quanto ao tema.

Um primeiro entendimento que ganhou força foi dado em 1994, no julgamento do **REsp 5.859/SP**, relatado pelo Ministro Milton Luiz Pereira, reafirmando precedente do **REsp 17.585/MG**, relatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros. Nesses julgados, os ministros entenderam que o prazo para embargar seria contado igualmente, tanto nos casos de penhora ou depósito, ou seja, a partir da intimação, forçando uma interpretação do art. 16, I e III, da LEF com uma igualdade de disciplina, adequando o depósito ao caso de penhora e mandando abrir prazo de 30 dias a partir da intimação.

A doutrina se dividia e buscava melhorar o prazo do contribuinte, entendendo que, como se observa no texto legal, o prazo correria *do depósito*, o que sugeriria que, a partir do momento em que este viesse a ser feito, se abriria o prazo. A prova de tal data (feitio do depósito) se daria pela juntada de seu comprovante nos autos, como inclusive exige o art. 9.º, § 2.º. Nesse sentido, os 30 dias para embargar correriam do momento em que se efetivasse o depósito.

Entretanto, em recente uniformização de jurisprudência, o STJ passou a aceitar a tese mais moderna suscitada pelos advogados, em que se defende que o prazo só se abre após a *juntada nos autos do comprovante de depósito,* quando então se dá ciência ao juiz e ao exequente sobre o depósito feito, e, a partir daí, corre-se o prazo. Ou seja, aproximou o trato dispensado ao depósito àquele previsto para os casos de fiança, narrados no inciso II do art. 16.

A Ministra Eliana Calmon, relatando os recentes Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.062.357/RJ – **EREsp 1.062.357/RJ**, julgados em fevereiro de 2009, corroborou entendimento que havia sido edificado pouco antes no julgamento do **EREsp 765.505/RJ**, de relatoria da Ministra Denise Arruda, em setembro de 2008. Em ambos os julgados, o STJ pacificou a questão e acolheu a tese de que o prazo corre a partir da formalização do depósito e sua redução a termo nos autos do processo. Confira-se a ementa de ambos os julgados:

> **Processual civil. Embargos de divergência. Embargos à execução fiscal. Prazo. Art. 16, II, da Lei 6.830/1980. Depósito em dinheiro**.

1. Feito depósito em garantia pelo devedor, deve ser ele formalizado, reduzindo-se a termo. O prazo para oposição de embargos inicia-se, pois, a partir da intimação do depósito.

2. Embargos de divergência providos (STJ, Corte Especial, EREsp 1.062.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 02.02.2009, *DJe* 04.05.2009).

Processual civil. Embargos de divergência no recurso especial. Tributário. Execução fiscal. Garantia do juízo por meio de depósito em dinheiro. Embargos à execução. Termo inicial.

1. A orientação prevalente nas Turmas que integram a Primeira Seção/STJ firmou-se no sentido de que, garantido o juízo por meio de depósito efetuado pelo devedor, é necessária sua formalização, de modo que o prazo para oposição de embargos inicia-se a partir da intimação do depósito.

Nesse sentido: REsp 664.925/SC, 2.ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 05.05.2006; REsp 830.026/RJ, 2.ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* 29.05.2006; REsp 806.087/MG, 1.ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, *DJe* 03.09.2008.

2. Embargos de divergência desprovidos (STJ, EREsp 765.505/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, j. 10.09.2008).

Por fim, transcrevemos parte do voto da Ministra Eliana Calmon no julgamento do **EREsp 1.062.537/RJ** do ano de 2009:

Diante da divergência e do dispositivo legal em análise, entendo que a posição mais antiga do STJ é a que deve prevalecer, pois, feito um depósito em garantia pelo devedor, é aconselhável que ele seja formalizado, reduzindo-se a termo, para dele tomar conhecimento o juiz e o exequente, iniciando-se a contagem do prazo para embargos da intimação do termo, quando passa o devedor a ter segurança quanto à aceitação do depósito e a sua formalização. Verifica-se da ementa abaixo transcrita que esta foi a posição adotada no julgamento da matéria pela Primeira Seção desta Corte:

"Processual civil. Embargos de divergência no recurso especial. Tributário. Execução fiscal. Garantia do juízo por meio de depósito em dinheiro. Embargos à execução. Termo inicial.

1. A orientação prevalente nas Turmas que integram a Primeira Seção/STJ firmou-se no sentido de que, garantido o juízo por meio de depósito efetuado pelo devedor, é necessária sua formalização, de modo que o prazo para oposição de embargos inicia-se a partir da intimação do depósito. Nesse sentido: REsp 664.925/SC, 2.ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 05.05.2006; REsp 830.026/RJ, 2.ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* 29.05.2006; REsp 806.087/MG, 1.ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, *DJe* 03.09.2008.

2. Embargos de divergência desprovidos" (EREsp 767.505/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, 1.ª Seção, j. 10.09.2008, *DJe* 29.09.2008).

Com essas considerações, dou provimento aos embargos de divergência.

É o voto.

3.3. Do termo inicial dos prazo de trinta dias quando o juízo é garantido mediante penhora. Da "intimação da penhora"

3.3.1. Bens oferecidos voluntariamente à penhora. "Termo de penhora"

Como percebido, a Lei de Execuções Fiscais permite que o executado possa oferecer bens à penhora como forma de garantir o juízo e assim assegurar o direito de embargar a ação proposta pela Fazenda. Tal prerrogativa emana do disposto no art. 9.º, III e IV, c/c o art. 16, III, do aludido diploma legal.

Oferecidos voluntariamente bens à penhora, de modo tempestivo, mediante formalização do termo de penhora, assegura-se o direito de ajuizamento da demanda embargante, a qual deverá ser proposta no prazo de **trinta dias** a que se refere o *caput* do art. 16 da LEF. Esse prazo corre a partir de quando se efetiva a **intimação da penhora**, a qual se considera ocorrida quando se dá a **publicação do ato de juntada nos autos do processo do termo de penhora**, conforme ensina o art. 12 do diploma regente dos executivos fiscais.

Para propiciar ao leitor melhor compreensão, elucidemos: após ser citado, o executado tem, contra

si, prazo de cinco dias para que possa, caso não queira pagar a dívida, oferecer a garantia (art. 8.º, *caput*, Lei 6.830/1980); se dentro dos cinco dias quiser indicar bens à penhora, poderá fazê-lo, tanto indicando bens próprios como, até mesmo, bens de terceiros, desde que respeitados os limites legais, vide norma disposta no inciso IV do art. 9.º, bem como seu § 1.º; para formalizar o oferecimento da garantia, preencherá o **termo de penhora**, indicando tais bens; o advogado deverá juntar o citado documento (termo de penhora) nos autos do processo principal (autos da Ação de Execução Fiscal – observe-se que a Ação de Embargos ainda não foi ajuizada), conforme exige o art. 9.º, § 2.º; autuada essa juntada, o juiz tomará ciência e então, não havendo motivo para invalidá-la, **ordenará a publicação no órgão oficial**, publicando **a juntada do termo de penhora**; é exatamente nesse momento em que é feita a publicação que se considera realizada a **intimação da penhora**, e, **a partir da intimação da penhora feita se abre o prazo de trinta dias para o ajuizamento da Ação de Embargos à Execução Fiscal**.

Observe-se que não basta que ocorra a citação para se abra o trintídio embargante; não basta que o executado tenha redigido o termo indicando os bens à penhora e o juntado aos autos; sem a publicação dessa juntada, ainda não corre o prazo de trinta dias; mesmo que os Embargos já se tornem viáveis, o lapso temporal contrário ao embargante ainda não tem sua fluência iniciada, a qual, como bem destacado acima, só se dá a partir da publicação da juntada do termo de penhora nos autos; chamo a atenção: é vital que ocorra a publicação para que se possa falar da abertura do prazo de trinta dias contra o embargante, pois somente nesse momento é que se tem a **intimação da penhora**.

3.3.2. Não oferecimento voluntário de garantia. Bens penhorados mediante autuação. "Auto de penhora"

Situação extremamente comum no universo das execuções fiscais é aquela em que o executado, após citado, nada faz, ficando totalmente inerte. Esgotado o prazo de cinco dias a que se refere o art. 8.º da Lei 6.830/1980, sem que tenha ocorrido pagamento nem se tenha oferecido garantia, fica o exequente amparado no direito de exigir do Estado-juiz que proceda à tentativa de constranger o patrimônio do executado, buscando garantir, por meio do ato de penhora, a possibilidade de obter êxito na persecução executória. E tal medida é viável, inclusive devida, valendo lembrar que nos termos do disposto no art. 7.º da LEF o despacho do juiz que defere a petição inicial e ordena a citação já autoriza, desde logo e por si só, que, caso se esgote o prazo para oferecimento da garantia, se possa proceder à penhora dos bens do demandado, realizando-se, *a posteriori,* a avaliação dos bens e registro do documento que comprova a efetivação da constrição (auto de penhora).

Promovida, portanto, a penhora dos bens do executado que não tenha oferecido voluntariamente a garantia, deverá ser promovida a **juntada nos autos do processo do auto de penhora**, documento que comprova a efetiva realização desta. Promovida tal juntada, deverá o juiz ordenar a **publicação** do mencionado ato, quando então se dará por ocorrida a **intimação da penhora**, nos termos do art. 12 da LEF. E a partir desse momento, em favor do executado que teve seus bens penhorados ao alvedrio da sua inércia, abre-se prazo de trinta dias para ajuizamento da ação de Embargos.

Constate-se, portanto, que tanto nas hipóteses em que o executado oferece voluntariamente bens à penhora como naquelas em que a constrição ocorre forçadamente, a regra para a abertura do prazo de trinta dias dentro do qual se torna tempestiva a propositura dos Embargos é exatamente a mesma. Ou seja, independentemente de ter juntado nos autos do processo um **termo de penhora** ou um **auto de penhora**, o trintídio flui, em ambas as hipóteses, a partir da **intimação da penhora feita**, e a intimação ocorre com a **publicação da juntada do termo ou do auto de penhora.**

3.4. Garantia parcial e possibilidade excepcional de ajuizamento de embargos

Não obstante a LEF não faça expressa referência ao tema, o STJ, em algumas situações excepcionais, escorado nos pilares principiológicos constitucionais que permeiam a execução fiscal, vem admitindo que se possam ajuizar ações de Embargos quando a penhora não recai sobre bens que alcancem o valor total da dívida exequenda. É quando então se fala de Embargos com "penhora parcial". Não raro também se usa a expressão "penhora insuficiente" para fazer alusão ao tema, expressão essa, todavia, que não atrai a nossa melhor empatia, pois entendemos que o uso da terminologia "insuficiente" sugeriria não apenas a noção de "parcial" (parte do valor demandado), mas também poderia incitar uma noção de "incapacidade", impedindo o ajuizamento da ação embargante, exatamente o oposto do que se quer demonstrar. Portanto, mesmo reconhecendo ser usual a expressão "Embargos com penhora insuficiente", acreditamos ser de melhor técnica falar em "Embargos com penhora parcial", mesmo sabendo que nenhum prejuízo prático decorre do uso de uma ou outra terminologia. E, exatamente por sabermos ser usual a expressão, não hesitaremos em utilizá-la na nossa obra, já feita a sutil ressalva. Cuidemos do tema.

O STJ prestigiou a matéria quando se deparou com algumas situações em que o executado, após citado, não ofereceu garantia, e, no deslinde do processo, ocorreu realização de penhora de bens, tendo sido ele autuado e seu patrimônio constrito, e o aspecto peculiar dessas situações (e que interessa para a análise ora feita) é que em tais casos a penhora não recaiu sobre bens de valores que se revelavam capazes de acobertar todo o montante relativo ao débito exequendo, mas apenas parte dele. Apesar, percebeu-se que a penhora atingiu todos os bens que o executado realmente possuía e que podiam ser alcançados pelo gravame. Diante do feito, com a penhora "parcial", surgiu a indagação: seria possível ajuizar a ação de Embargos para questionar o título executivo e a pretensão executória da exequente? Afinal, o patrimônio do executado, bem ou mal, estaria agredido, sujeito à constrição, e parte da dívida já restava garantida. Aceitar ou não o cabimento de Embargos em tais hipóteses?

Bem, o primeiro ponto que precisa ser averbado com muita clareza é: **a lei de execuções fiscais não faz qualquer menção expressa a essa situação específica**, ficando a normatização do feito ao crivo da interpretação sistemática das normas que regem os processos executivos, valorando-se tanto as normas gerais do CPC (de aplicação subsidiária) como os princípios processuais, e, especialmente, os princípios constitucionais que descortinam sua força normativa sob a execução fiscal. E foi com base nesses últimos que o Superior Tribunal de Justiça encontrou resposta no sentido de ser possível, em algumas situações, admitir o ajuizamento dos Embargos mesmo com a

penhora recaindo apenas sobre parte do valor constante na CDA.

Nos casos em que tal jurisprudência se construiu, alguns aspectos da própria situação fática em que o tema foi analisado colaboraram para que o entendimento fosse no sentido de cabimento do ajuizamento da ação de defesa. Dois fatores foram preponderantes: de um lado, constatou-se que não havia dolo ou má-fé do executado em estar tentando ocultar bens, frustrando propositalmente a tentativa de viabilizar a prestação jurisdicional pleiteada pelo exequente; de outro lado, percebeu-se que a penhora recaía sobre valor que não era insignificante, irrisório. Ou seja, os aspectos da situação fática colaboraram para influenciar na decisão de admitir a propositura dos Embargos. Prestigiou-se o fato de não haver má-fé do executado, de a penhora, não obstante ter sido "insuficiente", ter recaído sobre todos os bens que o demandado possuía, e, ainda, que a intensidade dessa penhora não era ínfima, mas de valor referente a considerável parcela do débito exequendo.

Diante da conjuntura acima descrita, entendeu a corte de superposição infraconstitucional que o modo mais adequado de interpretar o sistema normativo insculpido na Lei de Execução Fiscal seria no sentido de reconhecer que o legislador, se pudesse se manifestar expressamente, em situações como a que se evidenciava, certamente admitiria os Embargos, homenageando as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa, bem como do acesso à justiça e à jurisdição (no caso mediante exortação da pretensão de defesa, pedindo tutela jurisdicional desconstitutiva da ação executória contra si proposta), e, ainda, os princípios da boa-fé e da segurança jurídica.

A nosso ver, acertou o STJ, merecendo aplausos a coragem de implementar posicionamento favorável aos contribuintes, e que não agradou ao Estado, especialmente por se tratar de tema que a lei não cuidou expressamente. Não surpreenderia se a decisão fosse no sentido contrário, negando o direito de propor a ação embargante. Afinal, reitere-se, a lei exige que se dê garantia para que caiba a defesa mediante Embargos, e não cogita ser possível propor a ação contraposta com garantia parcial. Registramos, mais uma vez, nossa satisfação com a postura do Tribunal nobre da terceira instância. Afinal, se o executado realmente teve seu patrimônio agredido, o valor não é irrisório, ele não possui outros bens, não está de má-fé, de bom alvitre que se franqueie a ele o direito de expor seus argumentos no sentido de tentar demonstrar a nulidade do título executivo. Abrindo-se tal possibilidade, permite-se que, caso realmente assista razão ao demandado embargante, se evite que o Estado consiga obter êxito em uma execução em que realmente não tinha o bom direito, evitando-se, dessa forma, uma arrecadação indevida por parte da Fazenda Pública e uma extorsão patrimonial contra o contribuinte pautada em cobrança que não seja fundada em dívida realmente líquida, certa e exigível. Incitamos a reflexão no sentido de que, sempre que for razoável flexibilizar para legitimar o contraditório na execução, propicia-se, ainda que meramente em tese, um novo controle de legalidade do título executivo, o que melhor se harmoniza com os valores da segurança jurídica e da justiça fiscal.

É evidente que para o exequente, portador do título executivo (o qual tem presunção de validade, ainda que seja relativa), se sujeitar à admissibilidade dos Embargos em situação que a lei não deixa expressamente claro ser possível sua propositura traz dissabor. Não nos passa desapercebida tal verdade. Todavia, entendemos que, em um exercício guiado pela ponderação de valores, as garantias constitucionais que pendem em favor do direito de defesa do executado merecem prevalecer. Vale a

leitura de alguns julgamentos importantes firmados no Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Nesse prumo, indicamos o estudo do **AgRg no Recurso Especial 1.229.532/SP**, bem como do **Recurso Especial 1.126.307/MT.**

Alguns pontos, evidentemente, ficam em aberto na análise do tema, desafiando diferentes possíveis interpretações. Por exemplo: em tais casos, o que seria um valor "irrisório" ou "não irrisório"? Qual seria o limite para que se pudesse falar em "penhora parcial bagatelar" ou "penhora parcial não bagatelar"? Observe, caro leitor, que não existe uma resposta objetiva e precisa para a pergunta formulada, devendo a análise ser feita no caso concreto, conduzida pelo compasso dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não restando dúvidas para esse autor que seria plenamente possível reconhecer que o montante, que em certo caso concreto se considerasse "bagatelar", poderia ser compreendido em sentido diametralmente oposto em outro caso distinto, em face das características específicas de cada caso.

Outro ponto que não raro é indagado por colegas da militância que nos consultam, assim como pelos nossos próprios alunos, quando nos seguem nos nossos cursos preparatórios para a segunda fase de direito tributário no Exame de Ordem (presenciais e *online*), é o seguinte: poderia o executado, logo após citado, oferecer **voluntariamente** bens à penhora em valor que não se revelasse suficiente para cobrir o montante total exigido pelo exequente e exposto na CDA, e adquirir o direito de Embargar? Ou seja, caberia o ajuizamento dos Embargos à Execução Fiscal quando os bens indicados no termo de penhora não alcançassem valor suficiente para cobrir todo o montante descrito na CDA?

Quanto ao tal questionamento, o nosso particular entendimento é no sentido de que se poderia reconhecer o direito de embargar sim, desde que os mesmos parâmetros valorados para admitir a defesa quando a situação é de penhora autuada fossem igualmente respeitados. Em outras palavras: desde que o executado comprove não possuir outros bens para oferecer em garantia, desde que não esteja de má-fé e desde que os bens que indicou não traduzam montante meramente "bagatelar", entendemos que o raciocínio deve ser igualmente aposto em tais casos, para fins de admitir o ajuizamento dos Embargos. Mais uma vez, declinamos nossa aptidão por, sempre que possível, prestigiarmos os princípios do acesso à jurisdição, ao contraditório e à ampla defesa.

Quanto à conclusão supramencionada, enfatizo que tal direito, todavia, somente deve ser reconhecido se realmente o valor dos bens indicados não for flagrantemente irrisório, pifiamente ínfimo. Exemplificando, cremos que, em uma suposta situação em que a dívida exequenda seja de valor equivalente a R$ 50.000,00, o oferecimento de um bem móvel de valor de R$ 500,00 não permitiria considerar ter ocorrido uma garantia minimamente suficiente para permitir a propositura dos Embargos, de sorte que, para viabilizar a defesa do executado, isso só seria cabível se fosse possível o manejo da Exceção de Pré-executividade (Objeção de Não Executividade), respeitados os requisitos próprios para sua admissibilidade. Infelizmente, ainda prevalece a exigência da garantia para o cabimento dos Embargos à Execução Fiscal, como se verá em tópicos a seguir expostos nesta obra, e admitir o ajuizamento da ação de defesa com garantia parcial que seja **minimamente suficiente** (não "bagatelar") já declina bom ganho na advocacia dos contribuintes.

Por fim, não podemos deixar de trazer à baila uma última reflexão sobre o tema. É necessário citar o art. 15, II, da LEF, na sua parte final. É que tal dispositivo expressamente admite a possibilidade de o exequente promover **a qualquer tempo** o pedido de **reforço da penhora insuficiente.** Ora, diante de tal norma, reflitamos: **se a LEF autoriza o reforço da penhora, EM QUALQUER FASE DO PROCESSO, não estaria ela admitindo, ainda que implicitamente, o cabimento de Embargos com oferecimento de penhora insuficiente?** De se refletir. Em sede de defesa dos interesses do executado, esse argumento deve sim ser valorado, buscando-se sustentar que tal dispositivo deixa margem para interpretação favorável à tese do cabimento dos Embargos com garantia parcial, desde que, reafirme-se o já citado anteriormente, haja boa-fé, não existam outros bens a oferecer e o valor não seja pífio.

3.5. Impenhorabilidade de bens

Tema de relevo e importante para fins de defesa do executado é aquele que ensina que certos bens são blindados contra a possibilidade de que ocorra o gravame constritivo, decorrendo tal proteção de expresso comando legal. É quando então se fala da **impenhorabilidade legal** que limita as Execuções Fiscais.

Sempre oportuno lembrar que o fisco, dentre os privilégios que possui, goza da prerrogativa de penhorar bens de particulares declarados como em sede de execução fiscal, mas somente quando a cláusula de impenhorabilidade decorre de contratos, de convenções particulares. Ou seja, quando se fala da chamada **impenhorabilidade de origem convencional**, ela não se opõe à Fazenda Pública, de modo que realmente o limite restritivo imposto por um particular, determinando que certo bem não possa ser excutido em uma execução, somente produz efeitos perante outros particulares. Quando o exequente é a Fazenda Pública, essa cláusula é inoponível (vide norma estampada no art. 184 do CTN).

Diversamente é, todavia, quando a blindagem contra a constrição se edifica como **impenhorabilidade de origem legal,** hipótese em que a Fazenda respeita a limitação imposta pelo legislador, valendo a leitura do próprio art. 184 do CTN.

Merece atenção especial o art. 649 do CPC, assim como a Lei 8.009/1990 (Lei do Bem de Família Legal), diplomas que blindam certos bens contra a possibilidade de penhora, limites estes que devem ser respeitados inclusive em sede de execução fiscal. Em relação ao Bem de Família, todavia, há que se observar que existem algumas exceções previstas pelo próprio legislador (art. 3.º da Lei 8.009/1990), quando então o Bem de Família se torna passível de penhora, exatamente por não gozar da proteção legal, excluída pelo próprio legislador. No caso da execução de dívidas tributárias, é o que ocorre quando o objeto da demanda executiva é uma dívida relativa ao próprio imóvel objeto da penhora (ex.: IPTU devido, execução proposta e o próprio imóvel penhorado) ou quando se está por executar contribuições previdenciárias dos empregados do próprio imóvel penhorado; em ambas as hipóteses, possível a penhora do Bem de Família, máxime normatização insculpida nos incisos I e IV do art. 3.º da mencionada lei especial.

Quanto ao art. 649 do CPC, transcrevemos o dispositivo para que o leitor visualize tais bens, e,

caso apareçam em provas questões envolvendo a penhora dos mesmos, possa afirmar existir vício na penhora a justificar o seu cancelamento, sendo ela nula, por violação da regra legal impediente de seu feitio. Segue a transcrição do citado artigo:

CPC, art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

I – os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II – os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III – os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV – os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3.º deste artigo;

V – os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão;

VI – o seguro de vida;

VII – os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX – os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X – até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança.

XI – os recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da lei, por partido político.

§ 1.º A impenhorabilidade não é oponível à cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem.

§ 2.º O disposto no inciso IV do *caput* deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia.

3.6. Pluralidade de penhoras em diferentes execuções fiscais. Preferências de acordo com a ordem do art. 29, parágrafo único, da LEF, c/c o art. 187, parágrafo único, do CTN

Importante ainda acrescer situação de especial relevo que merece breve digressão. Quando no curso de uma Execução Fiscal ocorre penhora sobre bem que já havia sido penhorado em outra ação executiva, movida por pessoa diversa, qual das penhoras deve prevalecer? Em qual juízo deve operar a liquidação do bem e qual credor exequente deve se apropriar do produto da eventual arrematação do bem?

Não obstante parcela dos estudiosos viesse sustentando que deveria se aplicar a regra da "prevenção da penhora" (pela qual determinar-se-ia que o credor que conseguiu penhorar o bem primeiro faria jus à sua liquidação e ao produto da respectiva arrematação), o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, havendo concurso de penhoras, envolvendo, portanto, concurso de Fazendas Públicas credoras de um devedor comum, deve-se aplicar o **sistema de preferência previsto no art. 29, parágrafo único, da Lei 6.830/1980 c/c o art. 187, parágrafo único, do CTN**, sistema esse, inclusive, frise-se, admitido pelo STF como plenamente compatível com a forma federativa do nosso Estado (vide teor da **Súmula 663 do STF**).

Nesse prumo, o STJ firmou seu entendimento que deve prevalecer, por exemplo, a penhora obtida em uma Execução Fiscal ajuizada pela União ou uma Autarquia Federal (Ex.: INSS) em detrimento de uma penhora alcançada em uma Execução movida pelos Estados ou pelo Distrito Federal, assim

como, de acordo com o mesmo sistema, priorizar-se-ia a constrição favorável ao Estado exequente em detrimento do Município executor. Oportuna a leitura do **Recurso Especial 957.836/SP**, assim como do **Recurso Especial 1.079.275/SP**.

Para fins de oficializar a sedimentação desse posicionamento, o STJ editou a bem recebida **Súmula 497/STJ**, a qual afirma que "Os créditos das autarquias federais preferem aos créditos da Fazenda estadual desde que coexistam penhoras sobre o mesmo bem".

4. DA NECESSIDADE DE OFERECIMENTO DE GARANTIA PARA SE EMBARGAR POSICIONAMENTO DO STJ

4.1. Introdução

Amigos, durante as três primeiras edições deste livro, trouxe a todos os leitores, dentro deste tópico, a oportunidade de conhecerem uma das maiores problemáticas que envolveram o processo tributário nos últimos anos, e, em especial, a Execução Fiscal. Trata-se da discussão acerca da possibilidade ou não de ajuizar os Embargos à Execução Fiscal sem oferecimento da garantia. Ou seja, analisar se poderia o contribuinte, após executado, embargar a execução sem ter o encargo de oferecer depósito, indicar bens à penhora ou apresentar fiança bancária, como ensina a Lei de Execuções Fiscais.

Nesse debate, posicionei o leitor quanto às duas teses que se levantaram no Brasil, tanto aquela sustentada pela fazenda pública, no viés de que os Embargos à Execução Fiscal somente poderiam ser admitidos caso o contribuinte executado apresentasse a garantia nos moldes autorizados pela Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/1980, arts. 8.º, 9.º e 16), bem como o posicionamento oposto, qual fosse, aquele que veio sendo sustentado pelas bancadas de advocacia tributária em todo o País, no prumo de que seria cabível o ajuizamento de Embargos independente de garantia.

A questão ganhou evidência no meio jurídico a partir do final do ano de 2006, por força da inovação provocada no Código de Processo Civil com o advento da Lei 11.382/2006. É que a referida lei alterou substancialmente o nosso diploma processual maior, modificando não apenas a redação de alguns dispositivos cruciais e acrescentando novos artigos, mas, acima de tudo, a Lei 11.382/2006 promoveu uma mudança de paradigmas, implementando uma nova concepção quanto ao acesso aos embargos do executado. A aludida fonte alterou o art. 736 do CPC e passou a autorizar, expressamente, o ajuizamento dos embargos à execução independentemente do oferecimento da garantia, modelo que passou, nos últimos anos, a ser a regra a disciplinar os processos de execução em geral no Brasil. Ou seja, por força da nova redação introduzida no art. 736 do CPC, o executado ganhou o direito de embargar a execução contra si ajuizada sem ter a necessidade de garantir o juízo, o que consagrou não apenas a inversão de uma regra secular do processo civil executório pátrio, mas, primordialmente, uma modificação de valores, já que o nosso direito positivo passou a marchar dentro de um novo sistema, o sistema normativo em que prevalece agora a proteção ao executado,

especialmente aos executados acometidos pelo menor poder econômico, aqueles que certamente, além de não possuírem numerário para oferecer depósito, dificilmente teriam bens para nomear à penhora ou mesmo crédito na praça para conseguirem outras formas de garantia, como a fiança bancária.

Visando a proteger essas pessoas, no que tange ao seu direito de questionar a validade do título executivo, é que veio o novel diploma legislativo alterar o Código de Processo Civil, inovando com essa moderna compreensão, permitindo ao executado oferecer de fato sua peça embargante sem o ônus obrigatório de apresentar garantia patrimonial capaz de acautelar o interesse do exequente. E as águas dessa alteração desembocaram nos mares da execução fiscal, tema que aqui nos une, já que quando foi realizada a alteração no CPC, por força da citada Lei 11.382/2006, ela não promoveu, pelo menos expressamente, qualquer modificação na Lei de Execuções Fiscais, lei especial para regular as execuções de dívidas tributárias e não tributárias da Fazenda Pública, a qual exige expressamente que o executado ofereça a garantia para que então se torne viável o ajuizamento dos embargos (art. 16, § 1.º). Daí ter surgido o grande debate: a inovação trazida pela aludida lei teria alcançado a Lei de Execuções Fiscais ou ficaria restrita às demais execuções, regidas unicamente pelo CPC? A proteção dada ao cidadão executado, em execuções que não fossem as Execuções Fiscais, se arrastaria para também perpetrar na órbita desses executivos especiais? Esse foi o grande ponto de interrogação dos últimos anos na advocacia tributária, debate que movimentou a doutrina, inspirou seminários e uniu tributaristas, civilistas e processualistas por mais de cinco anos, até que, no final de 2011, o Superior Tribunal de Justiça assumiu posicionamento consolidado sobre o polêmico tema. Nessa linha, o STJ, revendo entendimento que chegou a sinalizar, optou por decidir que realmente a reforma trazida para o CPC não alcançaria a LEF, de modo que a Lei de Execuções Fiscais, *lei especial*, não foi alterada pela Lei 11.382/2006, tendo sido preservado o seu sistema, de sorte que o contribuinte executado continuaria (e continua!) a ter de oferecer a garantia para poder embargar a Execução Fiscal.

Quanto ao desfeche da questão no STJ, ficamos felizes com a forma como se deu, pois a Corte agiu exatamente do modo como sustentávamos que deveria ser feito, aquela que julgávamos tecnicamente a mais adequada, e que, em edições passadas, expressamente afirmamos nesta humilde obra, conforme será visto no tópico seguinte.

Portanto, o que hoje fica como caldo desse debate é a certeza de que o art. 16 da Lei 6.830/1980 continua intocado, não tendo sido afetado pela reforma de 2006, a qual teve suas inovações com aplicação restrita ao plano das demais execuções, não açambarcando os executivos regidos pela LEF. Por força disso, o contribuinte continua assumindo o dever de garantir o juízo executório caso realmente queira exercer o direito de embargar a execução contra si deflagrada.

Conforme veremos mais adiante, essa posição do STJ implicará outros efeitos práticos, atingindo outros desdobramentos nesse debate sobre a conjugação da Lei 11.382/2006 com a Lei 6.830/1980. A guisa de exemplo, antecipo que o Tribunal Superior Maior veio afirmar, no mesmo sentido, que o efeito suspensivo atribuído aos Embargos à Execução Fiscal emana da própria LEF, o que se constata de sua interpretação lógico-sistemática, não sendo correto aplicar o art. 739-A, § 1.º, do CPC, nas execuções fazendárias. Ou seja, sendo coerente com suas premissas, o STJ entendeu que o

modelo implementado no CPC após 2006, *no seu todo*, fica afastado das Execuções movidas pelo Fisco; e isso provoca aplicar essa premissa em todos os debates em que se discuta a aplicação de quaisquer das inovações trazidas pela Lei 11.382/2006 que colidam com os parâmetros traçados na Lei 6.830/1980. Onde não haja colisão, evidentemente que não faria qualquer sentido afastar as inovações, por lógico, já que o CPC se aplica subsidiariamente à LEF nas Execuções Fiscais; todavia, sempre que houver atrito, o entendimento que prevalece no Superior Tribunal de Justiça se ergue no sentido de que a especialidade da LEF prevalecerá, restando afastado o rol de normas conflitantes apresentado pela Lei 11.382/2006. E, no fundo, acertou em cheio o STJ, por mais que enxerguemos algumas vantagens nobres na intenção de se defender a aplicação da reforma trazida pela Lei 11.382/2006 nas Execuções Fiscais. Como será visto no tópico seguinte, que é exatamente o que escrevi nas edições anteriores porquanto perdurava o debate nos Tribunais, a mais técnica posição, preservando a segurança jurídica, respeitando as regras consagradas de hermenêutica por nós adotadas, seria realmente no sentido de se respeitar a especialidade da LEF e não aceitar que seu sistema foi corrompido pela Lei 11.382/2006. Assim pensávamos, assim sustentávamos e assim decidiu o STJ.

Por fim, veremos também, mais a frente, que, para tentar amenizar a dificuldade de alguns contribuintes, o próprio STJ, de modo inteligente, revelando notada sensibilidade, vem aceitando a possibilidade, ainda que eventual e desde que observados alguns limites, de se oferecer embargos com garantia parcial, o que tem viabilizado a muitos contribuintes o direito de defesa. É o que comumente ocorre quando a penhora recai sobre bens do patrimônio do executado cujo valor não é suficiente para garantir a execução ajuizada, no montante previsto na CDA, e esse contribuinte não possui outros bens para complementar o valor a ser garantido. Em algumas dessas situações, em que ocorre a penhora insuficiente, desde que respeitados alguns requisitos, os quais comentarei em tópico mais a frente, o STJ vem aceitando essa excepcional possibilidade de admissibilidade dos embargos com penhora insuficiente, prestigiando o direito de defesa ampla e do contraditório, especialmente pelo fato de o patrimônio do contribuinte já estar atingido pelos efeitos da constrição.

Na verdade, esse posicionamento já existia na Corte antes mesmo da Lei 11.382/2006, o que se constata, por exemplo, na leitura do **REsp 590.493/RJ**, de 15.12.2005, ou no **REsp 710.844/PR**, julgado no mesmo ano e um pouco antes, em 24.02.2005. O entendimento foi sucessivamente reafirmado, como em 2007 no julgamento do **REsp 803.548/AL**, ou em 2008 no julgamento do **AgRg nos EDcl no REsp 965.510/SC**, julgados em 25.11.2008. A partir de 2009, com a discussão sobre a possibilidade de se embargar sem qualquer necessidade de garantia, face à polêmica acima citada gerada pela alteração da redação do art. 736 do CPC, o entendimento sobre o cabimento de Embargos com garantia parcial poderia ficar sem utilidade; afinal, se a tentativa da advocacia era no sentido de legitimar Embargos sem qualquer garantia, não mais se discutiria a possibilidade de manuseio da ação de defesa com garantia parcial. Todavia, como visto, o STJ, depois de matar o tema instaurado após a reforma do CPC em 2006, manteve o entendimento de que se deve apresentar garantia para conseguir embargar a Execução Fiscal; e esse posicionamento poderia, por via oblíqua, reacender o debate sobre a possibilidade de se embargar quando existir apenas a garantia parcial, no que poderia significar uma nova análise do tema, e já com novos Ministros na Casa, após o novel

quadro fático que foi enfrentado supervenientemente à Lei 11.382/2006. Todavia, nos parece que o STJ não mudará seu posicionamento quanto à possibilidade de oferecimento dos Embargos quando há penhora insuficiente. Esse entendimento, acreditamos firmemente, não deve ser atingido pela decisão de não aplicar o art. 736 do CPC e dar expressa força ao disposto no art. 16, § 1.º, da LEF. Assim já veio sinalizando o próprio Tribunal ao longo do ano de 2011, como se percebe na leitura do julgamento proferido em 03.02.2011 na Primeira Turma, nos autos do **AgRg no REsp 1092523/PR**. Ao final do ano de 2011, no dia 06.12.2011, foi a vez da Segunda Turma se manifestar em favor da manutenção do entendimento que legitima o oferecimento de Embargos mesmo ao arrepio da insuficiência da penhora; assim foi no julgamento do **AgRg no REsp 1229532/SP**.

Portanto, apesar de manter a posição de que ***é necessário garantir para embargar***, ***quando se trate de Execução Fiscal***, por força da prevalência da norma especial fincada no art. 16, § 1.º, da LEF, sobrepondo-se ao art. 736 do CPC, essa exigência, em algumas situações, pode ter seus efeitos abrandados, ainda que não totalmente afastados, sendo possível permitir ao contribuinte, que sofreu penhora sobre seu patrimônio, embargar, mesmo não sendo essa penhora suficiente para acautelar todo o valor inscrito na CDA.

Nas próximas linhas, passemos à leitura do que eu havia escrito nas edições anteriores desta obra, quando a matéria referente ao debate sobre a necessidade de garantia continuava pendente de adoção de um posicionamento definitivo no STJ. Mantenho o texto, pois os fundamentos do debate e das duas teses (a que prevaleceu e a vencida) estão muito bem trabalhados, e para fins de permitir ao leitor conhecer a questão dentro de como ela foi enfrentada ao seu tempo, entendi ser útil e, mais do que de utilidade, ser realmente importante para a formação do conhecimento do estudioso. Por isso, peço que leiam o próximo tópico, que foi mantido com esse propósito.

4.2. Texto das edições anteriores

Quando comecei este tópico, o título dele era: “**Da (des)necessidade de oferecimento de garantia para se embargar”**. E assim era, pois saber se seria necessário garantir ainda fomentava discussões. Todavia, como será visto a partir de agora, concluí pela necessidade de se oferecer a garantia, mesmo respeitando e valorando a nobreza de alguns aspectos da tese que restou vencida. Vejamos o texto anterior:

> Importante ponto a ser discutido diz respeito ao questionamento sobre a necessidade (ou não!) de oferecer garantia para que haja admissibilidade dos embargos. Será que na execução fiscal precisa o contribuinte garantir para então poder embargar? A questão ganhou conotação especial em razão da mudança promovida pela já citada reforma propiciada pela Lei 11.382/2006 no CPC. Comentemos.
>
> A Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980) sempre considerou necessária a garantia para que os embargos pudessem ser admitidos. Outra não foi a redação do seu texto originário, ainda hoje prevalecente, quando em seu art. 16, § 1.º, afirmou que não serão admitidos os embargos sem que reste feita a garantia. Confiramos a redação do dispositivo em comento:
>
> ***Art. 16.*** *O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:*
>
> *I – do depósito;*
>
> *II – da juntada da prova da fiança bancária;*
>
> *III – da intimação da penhora.*
>
> ***§ 1.º Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução*** *(grifo nosso).*

Ao escrever a LEF o legislador se inspirou no modelo regra que regia o processo de execução em

nosso ordenamento, pelo qual o executado só poderia desenvolver sua defesa em face da execução ajuizada pelo credor exequente se assegurasse o Juízo, aduzindo garantia que pudesse acautelar a pretensão executiva do credor, livrando-a do risco da insolvência. Nesses moldes, a *garantia* era figura obrigatória sem a qual não havia possibilidade de se manifestar o executado pela via dos embargos, prosseguindo a execução sem contraditório oponível se realmente o executado não oferecesse garantia.

O pensamento que reinava na condução de tal sistema era focado na proteção ao credor que, já possuindo título executivo, atraía para seu lado a presunção de liquidez e certeza de seu crédito, ficando o devedor em desvantajosa posição, precisando indicar bens à penhora para, garantindo o interesse executivo do credor exequente, poder então abrir discussão a respeito da validade da execução, sendo-lhe lícito alegar toda e qualquer matéria de fato e de direito, tentando assim provar ao juiz da execução que a pretensão do exequente estaria viciada e, por conseguinte, buscaria a extinção do processo sem sofrer afetação definitiva em seu patrimônio, resgatando ao final a garantia oferecida como condição para embargar, caso fosse realmente julgada procedente a ação de embargos.

Durante décadas esse foi o sistema adotado no nosso país. E nessa esteira foi escrita a Lei de Execução Fiscal, afirmando, como citado e transcrito acima, que a garantia seria um requisito de admissibilidade dos embargos. A LEF ainda teve a sensibilidade de oportunizar ao réu executado, candidato a embargante, três diferentes opções para garantia do Juízo e, assim, manuseio da ação de embargos. Conforme previsão dos incisos do art. 9.º, combinados com os incisos do art. 16, pode-se perceber que o executado poderia indicar bens à penhora, oferecer depósito ou ainda apresentar fiança bancária. E, sendo mais detalhista e prestigiando o inciso IV do art. 9.º, poderia ainda o executado oferecer bens de terceiros à penhora, os quais, sendo aceitos pela Fazenda Pública, dariam admissibilidade aos embargos instaurando o processo incidental de defesa.

Constate-se que a LEF nunca foi modificada nos artigos até aqui citados, pelo menos de modo expresso, por qualquer que fosse a lei superveniente, ainda que muitas tenham sido as fontes que alteraram o CPC. Uma leitura atual do art. 16 da Lei 6.830/1980 traz a certeza de que, segundo o texto desse diploma, os embargos são condicionados à garantia prévia, que continuaria obrigatória por parte do contribuinte executado.

A discussão que vem iluminando debates acalorados se dá porque a Lei 11.382/2006 promoveu alteração no regime das execuções fundadas em títulos executivos extrajudiciais previsto no CPC, afirmando expressamente que os embargos do executado não mais dependem de garantia para poderem ser ajuizados. Ou seja, modificando toda a história, o novo diploma atualiza e altera substancialmente o CPC, inovando de modo largo no regime que disciplina a execução fundada em títulos executivos extrajudiciais. O art. 736 do Código, com a nova redação dada pela Lei 11.382/2006, afirma expressamente que os embargos serão admitidos independentemente de oferecimento de garantia pelo devedor. Observemos o texto do referido artigo, transcrito *in verbis:*

> Art. 736. *O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos.*

Daí vem a indagação: poder-se-ia cogitar da aplicação desse dispositivo nas execuções fiscais, sustentando-se a perda de aplicação do disposto no art. 16, § 1.º, da LEF, que dispõe de modo exatamente contrário?

Dois entendimentos vêm sendo suscitados na doutrina, a qual vem se apresentando dividida na compreensão do tema, de modo diametralmente oposto e com argumentos consideráveis, em cada tese.

De um lado, há os que sustentam que a Lei de Execução Fiscal deve ser conduzida pelo princípio da *especialidade*, não se submetendo a modificações em seu texto por força de alterações na lei geral, o que levaria a crer que em nada foi afetada no que tange à exigência de oferecimento de garantia como condição embargante, e, assim sendo, os embargos continuariam carecedores de oferecimento prévio e obrigatório da garantia, respeitando-se o disposto no art. 16, § 1.º, da LEF.

Por outro ângulo de compreensão, há os que sustentam que o *pacote* de inovações trazidas pela Lei 11.382/2006, que mudou o CPC, afetaria a LEF, o que deveria ser aceito dentro de uma persecução de implementação de um regime uno na regência das execuções, abrangendo também as execuções fiscais, especialmente sob o argumento de que a finalidade da nova sistemática imposta pela reforma seria a de dar mais agilidade à execução, laborando-se em prol dos modernos (e vitais) comandos da operabilidade e economicidade, bem como, e ainda, no escopo de oportunizar ao devedor que não tenha, de fato, meios de garantir sua defesa o direito de tentar se opor à execução, embargando-a, buscando provar que o título é viciado e que a dívida não procede. Nesse viés, admitir-se-ia o oferecimento de embargos sem garantia e o direito de defesa seria viabilizado, podendo, entretanto, a execução prosseguir em paralelo, sem que os embargos pudessem ter o tão tradicional efeito suspensivo. Aliás, como veremos no tópico seguinte, na reforma introduzida pela Lei 11.382/2006 a mudança foi conjunta, ou seja, além de admitir os embargos sem garantia, o legislador determinou a perda do efeito suspensivo originário. Assim sendo, defender-se-ia a aplicação dessa lógica também nas execuções fiscais, o que asseguraria aos contribuintes réus nos executivos deflagrados pelo fisco a prerrogativa de embargarem sem prestação de garantia, a qual, entretanto, seria opcional para os que quisessem alcançar o efeito suspensivo deferido pelo juiz nos embargos ajuizados, conforme veremos linhas adiante, no tópico imediatamente seguinte.

Não obstante inteligente a argumentação que se constrói em favor da aplicação da reforma do CPC nas execuções fiscais, cremos que não merece prevalecer tal tese, pelo menos no tema específico ora em estudo. À míngua de reconhecermos ser nobre a intenção de laborar por tal caminho hermenêutico, entendemos ser inviável assegurar sua prevalência, sob pena de abrirmos perigoso precedente relativizador do sistema de compreensão dos conflitos normativos advindo das antinomias entre as fontes, abrindo espaço para uma anarquização hermenêutica. Expliquemos.

Quando duas fontes disciplinam com normas diversas uma mesma matéria, há de se ter uma pauta de critérios que ensinem como solucionar o conflito e assim conduzir de modo seguro a uma técnica que elimine a divergência e aponte a norma que deve ser aplicada em detrimento da outra (ou das outras) que ficará sem aplicação. E o nosso sistema hermenêutico vem seguindo um critério seguro e usado nos principais ordenamentos jurídicos, qual seja, o da solução do conflito mediante análise do

controle hierárquico, controle de especialidade e controle cronológico, nessa ordem sucessiva, quando se trata de conflitos entre *normas regras*, o que é o caso em tela. Ou seja, se duas normas regras estão em conflito, prevalecerá para ser aplicada aquela que estiver prevista na fonte hierarquicamente superior. Se não houver relação de hierarquia entre as fontes que entram em conflito quanto as suas normas antagônicas, prioriza-se a norma que está prevista na fonte especial, compreendendo-se que tal fonte foi feita exatamente para *quebrar* a aplicação da norma geral nas situações especiais que opta por reger, dando tratamento *especial* às situações especificamente tratadas em seu bojo; neste caso, ocorre suspensão de eficácia da norma da lei geral, prevalecendo aplicável a norma da lei especial. Por fim, provado reste que não há relação alguma de generalidade e especialidade entre as diferentes fontes que trazem normas em antinomia, prevalecerá a norma prevista na última fonte, compreendendo-se revogada a norma da fonte mais antiga, aceitando-se que, se não há relação hierárquica ou de especialidade, a última fonte é a que deve prevalecer, denotando o último e mais atual entendimento do legislador (povo) sobre a matéria, restando realmente revogada a previsão normativa contrária da fonte mais velha. Esse é o sistema que usamos na solução de conflitos normativos entre distintas fontes que disciplinam uma mesma matéria. E assim vêm se comportando as nossas Cortes judiciárias, ensejando um costume seguro e confiável, seguido secularmente pelos militantes do *habitat* jurídico. Seria razoável relativizar tal caminho?

Pelo sistema resumidamente apresentado, a relação entre o CPC e a LEF é aquela que se estabelece entre qualquer lei geral (no caso, o CPC) e lei especial (no caso, a LEF). Nesse viés de compreensão, não poderia o CPC afetar o sistema normativo *especial* que a Lei 6.830/1980 edificou para reger de modo *diferente* a execução fiscal em relação às demais execuções. Ou seja, a finalidade da LEF é exatamente a de dispor de um sistema *especial, diferente*, para as execuções fiscais. As alterações na lei geral não podem lhe atingir, por mais inteligentes e nobilíssimos que sejam os argumentos, os quais, inclusive, em particular, em muito atraem nossa simpatia. Ademais, não se pode anarquizar um sistema interpretativo, criando-se precedente para afetar uma lei especial por mudança na lei geral, o que abriria flanco para perigosas situações futuras, alvejando letalmente a segurança do sistema. Ora, se houvesse intenção de atingir a Lei de Execução Fiscal pela nova metodologia implementada pela Lei 11.382/2006 no CPC, *que se afirmasse expressamente que a Lei 6.830/1980 também se submetia a tais modificações*. Não foi o previsto.

Nesse diapasão, nossa conclusão só pode ser no sentido de que a LEF em nada foi alterada no seu art. 16, § 1.º, pela Lei 11.382/2006 e pelo novo sistema previsto no CPC, introduzido por essa recente fonte legislativa, devendo prevalecer a exigibilidade da garantia apresentada pelo contribuinte réu executado como condição objetiva para poder proceder ao ajuizamento dos embargos.

A única tese que nos faz pensar em aceitar a aplicação da Lei 11.382/2006 na LEF, em matérias como essa (oferecimento de garantia para embargar), em que a LEF *de modo expresso dispõe de modo diferente do CPC*, é a tese do diálogo das fontes, moderno caminho hermenêutico que ensina ser viável *conjugar* duas fontes diferentes que, *a priori,* se revelam antinômicas, construindo-se norma *híbrida*, fabricada pela *interação* das duas normas conflitantes, agindo-se com base nos princípios jurídicos para eliminar o teor substancial que se entende nocivo em cada norma e

aproveitar o que se entende substancial e teleologicamente correto e melhor de cada uma delas, fabricando-se uma norma de origem *mista* ou *multigenética*, de caráter *heterotópico*, produzida dentro de um moderníssimo sistema de exegese, comprometido com a melhor eficiência normativa, eliminando não apenas os conflitos de fontes, mas acima de tudo as imperfeições gramaticais das leis, fruto da atecnia dos legisladores, em prol de propiciar, com base nos princípios condutores do sistema, a fabricação de uma norma mais pura, um tanto quanto mais perfeita, a qual proporcionaria a regência da matéria dentro da sua real e melhor finalidade.

Essa tese de promover um *diálogo* entre as *fontes* realmente tem ganhado a simpatia dos hermeneutas do direito contemporâneo, especialmente em face da cada vez mais crescente complexidade do sistema legislativo, incrementado de novas leis diariamente, muitas delas de caráter multidisciplinar, o que propicia inconteste multiplicação de antinomias entre as diferentes fontes. Parece-nos razoável crer que o sistema de *diálogo* focado na fabricação de normas mistas já é uma saudável realidade e instrumento exegético indispensável na hermenêutica atual e do futuro. Entretanto, é preciso estabelecer padrões, definição de matérias e de critérios, bem como de limites, para que se implemente tal via de definição de conflitos normativos de modo seguro, sob pena de assegurar uma liberdade anárquica para os hermeneutas (muitos, completamente irresponsáveis e desprovidos de qualquer comprometimento com as consequências de suas afirmações), os quais poderiam *brincar* de *dialogar* de modo a atender seus interesses pessoais, casuisticamente.

Nesse propósito, ainda consideramos arriscado aceitar a tese de aplicação do art. 736 do CPC na execução fiscal, afastando o parágrafo primeiro do art. 16 da LEF, sob o manto de que os princípios da operabilidade e economicidade reconstroem as perspectivas da execução de dívidas fundadas em título executivo extrajudicial, legitimando-se aplicar o novo sistema também nas execuções fiscais, visto que o modelo de exigir a garantia por parte do executado para poder embargar estaria ultrapassado e não mais poderia sobreviver, sequer nos executivos fiscais. Preferimos optar pela manutenção do regime hermenêutico clássico nesse ponto específico da matéria, admitindo que a *especialidade* da LEF não lhe permite sucumbir em face das normas antagônicas da lei geral, prevalecendo seu art. 16, § 1.º, sobre o art. 736 do CPC, e assim continuando a reconhecer exigível a apresentação de garantia preventiva como condição de admissibilidade dos embargos à execução fiscal.

Aos meus alunos que buscam nesse manual leitura e estudo que focam a preparação para realização da prova do Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, na segunda etapa, oriento que, na elaboração da petição inicial em uma ação de embargos à execução fiscal, considerem como obrigatória a disponibilização da garantia e assim registrem em suas *peças processuais* o tópico *“da garantia”*. Essa postura só deve ser rompida se o examinador *expressamente* afirmar que quer que o candidato *ajuíze os embargos e que não oponha garantia*; nesse caminho (improvável, entretanto, possível), deverá o aluno elaborar petição inicial sem se referir à garantia, afinal, *como exige o examinador,* esse será o trilho a ser seguido. Ainda fazendo referência a tal excepcionalidade, se assim realmente for, deve o candidato seguir a linha de raciocínio de que a LEF estaria afetada pela Lei 11.382/2006, e recomendo que abra um tópico especial na sua petição inicial chamado “da desnecessidade de garantia”, e faça pequeno e breve comentário se referindo ao art. 736 do CPC,

citando sua aplicação na LEF em razão da interpretação sistemática do processo tributário, feita com base no *diálogo das fontes* e apoiada nos princípios da operabilidade e economicidade. Não sendo, entretanto, exigido expressamente pelo examinador que se faça a peça de embargos sem garantia, *recomendo que se siga o modelo clássico,* elaborando petição inicial com garantia prestada pelo contribuinte réu executado autor embargante."

5. DO EFEITO SUSPENSIVO ATRIBUÍDO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

5.1. Da delimitação do tema

Bem, amigos, do mesmo modo que se discutiu durante anos a questão da necessidade ou não do oferecimento da garantia para que se tornasse viável o ajuizamento dos Embargos à Execução Fiscal, por força das inovações provocadas pela já conhecida Lei 11.382/2006 que alterou o CPC, mas não modificou a LEF, também veio à tona o debate sobre o efeito suspensivo dos Embargos à Execução Fiscal. E no que consistia esse debate: em preliminar do que aprofundaremos nas linhas a seguir, consistia em saber se os Embargos, depois de ajuizados, teriam o efeito suspensivo, provocando a suspensão da Execução Fiscal a partir de sua simples admissibilidade, sobrestando o executivo fazendário, ou então, em linha oposta, se mesmo depois de recebidos os Embargos não se travaria a Execução automaticamente em razão dessa mera admissibilidade da peça embargante. Ou seja, como veremos nas lições que se abrirão neste tópico, a discussão central a respeito do tema se dava pelo fato de a LEF não afirmar expressamente que os Embargos à Execução Fiscal gozam de efeito suspensivo, de sorte que a Fazenda alegava que tal efeito decorria do CPC, e que por força da alteração do Código em 2006 não mais seria cabível falar em um automático efeito suspensivo conferido aos Embargos pela sua simples admissibilidade, já que a LEF não atribuía e o CPC também não mas o concedia de forma automática. A Fazenda passou a defender que, para o contribuinte conquistar o efeito suspensivo nos Embargos à Execução Fiscal e assim sobrestar o feito fazendário, isso somente se daria no caso de cumpridos os requisitos exigidos pelo art. 739-A, § 1.º, dispositivo novo, criado pela Lei 11.382/2006. Em constrita síntese, esse foi o objeto do debate.

5.2. Da mudança (de novo) do entendimento do STJ a respeito da matéria. Do atual posicionamento firmado após o precedente de 22.05.2013 (REsp 1.272.827/PE)

Antes de adentrar no mérito e verticalizar a reflexão a respeito do tema, é fundamental registrar, desde logo, que no mês de **maio de 2013** o **Superior Tribunal de Justiça**, **no dia 22.05.2013, no julgamento do Recurso Especial 1.272.827/PE, modificou o entendimento que havia sido firmado no julgamento do REsp 1.178.833/MG**, o qual tinha ocorrido em **20.10.2011**. Dessa forma, **atualmente, aplica-se o art. 739-A, § 1.º, do CPC aos Embargos à Execução Fiscal**, de sorte que **o efeito suspensivo deve ser pleiteado, não mais se reconhecendo ser ele automático.**

Esclareço, inclusive, que na última edição desta obra, seguindo a compreensão que então reinava,

tecemos orientações aos leitores no sentido de que, para fins de provas, considerassem o entendimento que vinha sendo implementado, qual fosse, aquele emanado do julgamento do referido (e agora superado) precedente de 2011. Por força disso, na 4.ª edição deste livro recomendamos aos candidatos que elaborassem suas petições iniciais em ações de Embargos à Execução Fiscal, pedindo que fosse **reconhecido o efeito suspensivo automático, implícito na LEF**, afinal, **esse era o posicionamento que** vinha sendo adotado. Rememoramos que o agora superado entendimento foi por diversas vezes reafirmado, tanto ao fim do ano de 2011 como ao longo do ano de 2012 e no início do ano de 2013, quando então foi **modificado**, a partir do já mencionado julgamento do **Recurso Especial 1.272.827/PE**, relatado pelo **Ministro Mauro Campbell Marques** na **Primeira Seção do STJ**, julgamento em **22.05.2013**.

Até que tivesse ocorrido o julgamento do referido precedente modificativo, que subiu ao STJ como **recurso representativo da controvérsia** (regime previsto no art. 543-C do CPC), o STJ manteve a posição escolhida no julgamento de outubro de 2011 no julgamento do precedente mineiro (**Recurso Especial 1.178.883/MG**), o que sem muito esforço se constata nas decisões de incontáveis outros Recursos Especiais (vide, a título exemplificativo, o **REsp 1.291.923/PR**, julgado em 01.12.2011, ou o julgamento do **AgRg no REsp 1.283.416/AL**, em 02.02.2012, assim como no julgamento da **Medida Cautelar 18.407/SP**, de 27.03.2012, assim como no **AgRg no AREsp 126.300/PR**, em 19.04.2012).

Revendo seu entendimento, o Tribunal de superposição, responsável pela definição a respeito das interpretações que devem prevalecer quando debruçadas sobre o direito positivo federal, optou a Casa por realmente voltar atrás e resgatar a tese de que a Lei de Execuções Fiscais não prevê o efeito suspensivo, nem expressa nem implicitamente, de modo que, ajuizados os Embargos à Execução Fiscal, mesmo com a garantia do juízo tendo sido efetivada, a Execução Fiscal não fica suspensa, por si só, pelo simples fato de terem sido admitidos os Embargos, podendo prosseguir paralelamente ao trâmite dos Embargos.

Nesse compasso, entendeu o STJ que o efeito suspensivo para ser deferido nos Embargos, suspendendo, portanto, o andamento da Execução Fiscal, somente será deferido com base na norma prevista no art. 739-A, § 1.º, do CPC, e, evidentemente, desde que cumpridos os requisitos ali previstos para que se possa realmente conceder tal efeito suspensivo.

Por assim ser, atualmente, e desde o precedente de origem pernambucana julgado em 22.05.2013 (**Recurso Especial 1.272.827/PE**), caso o embargante realmente precise suspender o andamento da Execução Fiscal para evitar algum risco de dano contra si, torna-se imprescindível que o advogado **formalize requerimento de atribuição de efeito suspensivo** na sua petição inicial, e, logicamente, **prove que estão presentes os requisitos previstos no art. 739-A, § 1.º, CPC,** sem o que o juiz não poderá deferir o referido efeito. Frisando, ainda, que prevalece na melhor doutrina (inclusive na prática) que o juiz não fica vinculado a atribuir o efeito suspensivo, mesmo que os requisitos estejam cumpridos, sendo assegurada a ele a discricionariedade de ponderar valores e analisar se realmente é oportuno e conveniente deferir tal efeito e provocar a suspensão da Execução, travando o andamento do processo.

Friso, ainda, que, após a surpresa gerada pela mudança de entendimento, o mesmo vem sendo reafirmado de modo reiterado, parecendo-nos, enfim, que deve ficar estabilizado esse posicionamento no STJ. Esclarecemos que tal tese se aplicou em incontáveis novos julgamentos, e sempre se fazendo menção ao precedente de maio de 2013. À guisa de exemplo, cito os seguintes julgados: **AgRg no Ag 1422489/PE, AgRg no AREsp 82344/PR, AgRg no REsp 1306422/RS, AgRg no AREsp 25144/PR, AgRg no REsp 1382236/MG.**

Portanto, justifico assim a mudança do posicionamento adotado nesta obra em relação ao que vinha sendo recomendado na edição anterior, pois o bom senso nos recomenda acompanhar a jurisprudência, especialmente quando estamos orientando candidatos para a realização de provas, ainda que não necessariamente concordemos com a tese que se aplica. Recomendo a todos que, porquanto perdure esse entendimento, elaborem, em suas provas, petições iniciais pedindo a atribuição do efeito suspensivo nos termos do art. 739-A, § 1.º, CPC. Assim já venho orientando os meus alunos nas minhas turmas preparatórias para as provas da segunda fase de direito tributário no Exame de Ordem.

5.3. Da derrota, na questão, da advocacia dos contribuintes

Fácil perceber que após a (lamentável) mudança de entendimento na 1.ª Seção do STJ em maio de 2013, quando do julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia supramencionado, a tese que passou a prevalecer é desfavorável às pretensões defendidas pelos contribuintes. É que o executado, pelo simples fato de garantir o juízo e ajuizar seus Embargos, sempre contou com o efeito suspensivo automático da Execução Fiscal, de modo que jamais houve preocupação em pleitear a suspensão do processo executivo e assim obstar seu andamento, evitando certos atos e possíveis efeitos que fossem desgostosos ao executado. Logo, a tese que se passou a defender após a reforma implementada pela Lei 11.382/2006 no CPC (que revogou a previsão expressa de efeito suspensivo automático) foi no sentido de que a LEF implicitamente reconhecia esse efeito, o que, frise-se, vinha sendo, inclusive, aceito no próprio STJ até o precedente modificativo ora festejado. Desse modo, mantinha-se o posicionamento (favorável ao executado) de que bastava Embargar tempestiva e regularmente a Execução Fiscal e esta restava de plano suspensa.

Ocorre que, com a mudança de entendimento, não resta dúvida que agora se cria mais um ônus para o executado, qual seja, além de garantir o Juízo, convencer o magistrado que é merecedor da atribuição do polêmico efeito em apreço, ficando à mercê da vontade decisória do julgador, o qual, poderá, ou não, conceder tal efeito, acolhendo, ou não, o pedido feito.

5.4. Os argumentos sustentados pela Fazenda para afirmar que a posição adotada não é prejudicial ao executado

Sustentam não só os Procuradores, mas também os simpatizantes com a tese vencedora, que admitir o andamento da Execução em paralelo ao processamento dos Embargos, até o momento que isso se torne viável, deixando de aplicar a suspensão prematura e imediata da demanda inaugural,

seria algo, além de necessário para dar dinamismo ao processo, mais harmônico à mentalidade norteadora dos princípios da **operabilidade** e **celeridade** processual. Argumenta-se que, caso os Embargos fossem julgados improcedentes, não se haveria de retomar a Execução Fiscal desde sua prematura fase, já se tendo dado bom andamento ao procedimento aplicável no processo.

Acresce-se, ainda, o argumento de que dificilmente o executado teria prejuízos substanciais pelo simples andamento formal da Execução, alegando-se que os "supostos prejuízos" são sempre "prejuízos em tese", e que, caso realmente fossem concretos, bastaria demonstrá-los ao juiz, o qual, aí sim, em caráter excepcional, atribuiria tal efeito suspensivo, quebrando a regra de não se admiti-lo automaticamente.

5.5. Os argumentos vencidos em favor da tese que vinha prevalecendo. Do reconhecimento do efeito suspensivo automático. Da opinião pessoal do autor (vencida)

A nosso ver, quando se escreveu a Lei de Execuções Fiscais, aprovada no início dos anos 1980, a intenção do legislador era clara: só permitir que um administrado viesse a questionar a validade do título executivo produzido pela Fazenda Pública trazido à baila no corpo de um processo de Execução Fiscal, caso realmente se dispusesse a garantir o Juízo. Todavia, em contrapartida, a Lei, inequivocamente, contemplaria esse contribuinte que assim procedesse, com o gozo da suspensão imediata dos atos da Execução Fiscal em trâmite, para que se apreciasse todo o rol de argumentações apresentado na peça embargante sem que a Execução prosseguisse produzindo efeitos paralelamente. Não temos dúvida alguma de que o sistema edificado na LEF se ergueu nesse propósito, o de realmente exigir, de um lado, a garantia, e, do outro, atribuindo o efeito suspensivo caso a garantia fosse realmente assegurada. Isso nos parece incontroverso, conforme veremos nos argumentos a seguir expostos e consoante vinha, até maio de 2013, aceitando o próprio STJ.

O ponto de discórdia, todavia, se deu pelo fato de que, realmente, em nenhum de seus quarenta e dois artigos, a Lei 6.830/1980 chega a afirmar expressamente a existência desse efeito suspensivo, assim como sustentou a necessidade da garantia obrigatória para embargar. Todavia, a leitura inteligente da LEF, guiada pelo senso de unidade, de sistema, aprofundada pelo toque de requinte da contextualização histórica, de forma que se entenda o ordenamento jurídico nos moldes em que ele funcionava e da maneira como regulava o tema em estudo ao tempo em que a lei foi feita, deixa evidente, sem qualquer espaço para a descrença, que o legislador realmente quis reconhecer o efeito suspensivo na Execução Fiscal, ainda que não tenha se dado ao trabalho de afirmar por expresso seu posicionamento. É que, assim como na vida, muitas vezes o Direito, e, em especial, quando do processo de interpretação do conteúdo das fontes normativas, o silêncio é tão eloquente quanto um discurso, às vezes ensina mais que qualquer grafia, de modo que a escrita que apenas reafirma o óbvio, depreendido da lógica, da história e da noção de "unidade", "harmonia" e de "sistema", se torna desnecessária, e, em certas situações, eu me atreveria a dizer que, mais do que apenas desnecessária, a escrita redundante para afirmar o óbvio ululante se releva grosseira, se perfaz cansativa, deixa cinzento um conteúdo brilhoso de uma mensagem redigida com a arte do silêncio, o qual, com inconteste charme, torna visível o entendimento preciso que eclode transparente e robusto

nas facilmente compreensíveis linhas invisíveis escritas com seu pincel, o pincel que não precisa de tinta para rabiscar e expor o que a sensibilidade do hermeneuta, guiado pela batuta da razoabilidade e impulsionado pelas balizas da interpretação histórica, lógica, sistemática e contextualizada, permite enxergar sem esforço, ao arrepio da proposital e inteligente omissão gramatical.

Por algum tempo, para a felicidade da comunidade jurídica e, primordialmente, dos contribuintes e dos obreiros que agem elevando suas vozes (*ad vocare*) no Judiciário em militância de advocacia tributária, o Superior Tribunal de Justiça acolheu esse entendimento, por tanto e colegas e também por nós sustentado, desde quando da gênese desse acalorado debate no meio jurídico, propiciado por força da nevrálgica reforma do CPC advinda da Lei 11.382/2006.

Nessa linha, reflitamos sobre o pensamento do legislador para que realmente percebamos que, ao alvedrio do novo posicionamento do STJ, a LEF claramente reconhece o efeito suspensivo automático nos Embargos à Execução Fiscal, pelo simples fato de, recebidos e admitidos com a garantia oferecida (cuidadosamente, relembro que, nesse tópico, estamos apenas **ensinado os fundamentos da tese superada em maio de 2013**).

Ora, se já estaria garantida a execução, risco não mais haveria para o Estado, já que protegido restaria o crédito. Nesse sentido, se o adimplemento não mais estaria em risco, inexistiria lógica em preservar a continuidade dos atos processuais na Ação Executiva, especialmente se desses atos pudesse decorrer algum prejuízo ao executado, o qual, frise-se sempre, na qualidade de "Embargante", já havia assegurado o Juízo garantindo o interesse arrecadatório da Fazenda. Ou seja, o modelo que a LEF implementou, desde sua nascença, já apontaria para esse dueto, em que realmente o direito de embargar seria condicionado à apresentação da garantia, e, se assim se desse, imediatamente restaria suspensa a Execução. Aprofundemos os argumentos.

Quando a LEF foi escrita em 1980, já vigorava o sistema normativo do CTN, o qual vinha desde 1966 e determinava que, com a realização do depósito do montante integral em dinheiro, a exigibilidade do crédito ficaria suspensa (art. 151, II, CTN). Ora, qual a intenção do legislador ao determinar tal efeito suspensivo para a pretensão arrecadatória do Estado após o feitio do depósito? A de evitar que o contribuinte que se dispôs a assegurar a viabilidade arrecadatória que o fisco alegava fazer jus pudesse ser constrangido com uma Execução Fiscal paralela; ou seja, se o contribuinte, mesmo discordando da cobrança (tanto que ajuizou a Anulatória), se dispôs a depositar em dinheiro o valor cobrado pelo fisco, justo que não se submetesse a qualquer ato constrangedor, fosse extrajudicial (por exemplo, emissão de certidões), fosse ato judicial (ajuizamento de execução fiscal e penhora de bens); nesse sentido, a suspensão da exigibilidade e a consequente inviabilização da exequibilidade decorreriam da conduta de eliminação objetiva do risco do inadimplemento, o que se daria em razão do oferecimento da garantia. E foi dentro desse contexto que o legislador aprovou a LEF. Perceba-se que essa era a mentalidade que norteava a cobrança dos créditos tributários. Ora, contextualizando a análise da matéria para o momento histórico em que a Lei 6.830/1980 foi escrita e interpretando o conteúdo de suas normas, é coerente entender que o oferecimento da garantia na Execução Fiscal, pela via adequada, na forma e tempo que o legislador estabeleceu, também deveria provocar a mesma suspensão da exigibilidade do crédito e o sobrestamento do feito executivo. E, como bem frisado acima, irrelevante se essa garantia se deu pelo depósito, assim como estipulou o

CTN, ou se ela se ofereceu pelas vias da penhora ou da fiança bancária; o determinante seria o fato de estar garantido o adimplemento e eliminado objetivamente o risco da insolvabilidade; sendo esse o resultado da medida acautelatória praticada pelo contribuinte em favor do interesse público, não seria razoável admitir o prosseguimento do feito executório sem que antes se exaurisse a apreciação da tese exposta nos Embargos; o julgamento dos Embargos garantidos, com certeza, se tornaria uma questão prejudicial objetiva ao avançar da demanda executiva. Friso que, mesmo no caso de Embargos garantidos com fiança ou penhora; afinal, se optou o legislador na Lei 6.830/1980 por admitir essas formas alternativas de oferecimento de garantia, é porque entendeu que ao fisco interessa esse sistema e, portanto, não caberia a escusa para negar efeito suspensivo aos Embargos quando a garantia se desse nessas vias, diferentes do depósito em dinheiro. O importante aqui é entender a mentalidade que norteava a construção da tessitura regente do sistema normativo a disciplinar as execuções em comento; estando garantida a arrecadação e não mais existindo risco de inadimplemento, imediatamente restaria travada a exequibilidade da dívida, poupando-se o contribuinte de quaisquer efeitos lesivos ou, no mínimo, desconfortáveis para a sua esfera de interesses. Observem, portanto, amigos, que essa é a maneira adequada de interpretar a LEF ao tempo em que ela foi escrita, conjugando o sistema por ela implementado com o que já existia exposto no ainda vigente Código Tributário Nacional. A LEF nasceu, sem dúvidas, assegurando o efeito suspensivo aos Embargos ajuizados com garantia, e a interpretação una da legislação tributária, dentro de uma interpretação histórica, lógica e sistemática, conduz a essa conclusão. Agregue-se por fim o lembrete de que o próprio Código de Processo Civil assim também se manifestava. Bom, e se esse era o quadro fático e essa era a moldura do pensamento condutor do processo fabril das normas de regência da Execução, de onde surge a crença de que a LEF poderia ter cogitado de os Embargos, mesmo com a garantia assegurada, não terem o efeito suspensivo, acreditando-se que a Execução Fiscal poderia prosseguir contra um contribuinte que já fez o que lhe era exigível, possível, que era apresentar a garantia em favor do exequente, garantia que eliminava o risco de o crédito não ser adimplido? E com o detalhe de que o contribuinte executado garantiu uma dívida mesmo sem concordar com a legitimidade dela, tanto que pretende, nos Embargos, lograr sua desconstituição. Ora, será que faria algum sentido admitir o prosseguimento da Execução contra esse administrado jurisdicionado??? Evidentemente que não.

Por isso, reafirmo: aplausos para a geração de Ministros que em 2011 tomou a acertada medida do Superior Tribunal de Justiça de seguir essa linha de pensamento, a qual vinha consagrando que a LEF, apesar de jamais ter afirmado expressamente, sempre reconheceu implicitamente o efeito suspensivo atribuível aos Embargos pela sua simples admissibilidade. É lamentável a mudança da tese no julgamento do **REsp 1.272.827/PE** em 2013.

A confusão que se gerou em 2006 se deu pelo seguinte motivo: apesar de a LEF nunca ter afirmado que os Embargos admitidos ganhariam efeito suspensivo, o CPC, ao contrário, reconhecia que os Embargos, depois de dada a garantia, teriam o referido efeito. Por força disso, parte da doutrina, em compreensível equívoco, atribuía o efeito suspensivo que jamais se negou aos Embargos à Execução Fiscal à previsão expressa constante no estatuto processual geral. Ora, foi aí que se gerou a semente

da discórdia futura... A verdade é que o efeito suspensivo dos Embargos à Execução Fiscal jamais decorreu do CPC, e sim da própria LEF, que implicitamente lhe reconhecia, sendo um contrassenso desacreditar em sua existência na Lei especial em referência. Todavia, como alguns estudiosos não tiveram essa percepção e realmente acreditaram que o efeito ora debatido emanaria do CPC, quando foi revogado o dispositivo no CPC que assim estipulava, esses mesmos doutrinadores fomentaram a confusão, polemizando que o efeito suspensivo não estaria mais previsto no ordenamento para os Embargos do Executado nas Execuções Fiscais.

Com o advento da já tão citada Lei 11.382/2006, criou-se no CPC também já abordado art. 739-A, § 1.º. Segundo esse artigo, o efeito suspensivo nos Embargos do Executado não é deferido automaticamente pelo simples recebimento da peça de defesa. Consoante novas regras incutidas no dispositivo em citação, caberá ao magistrado, no caso concreto, atribuir o referido efeito, em Juízo discricionário, desde que verificados alguns requisitos, dentre eles, o oferecimento da garantia, além de outros. Ou seja, segundo a nova sistemática prevista no CPC (e não aplicável nas Execuções Fiscais), para que a Execução fique sobrestada reconhecendo-se efeito suspensivo nos Embargos, seria preciso que, além de oferecer garantia mediante penhora, depósito ou caução suficientes, existisse ainda um bom direito visível de plano (fundamentação relevante) e também o risco concreto de ocorrência de um dano de difícil ou incerta reparação para o executado caso a execução prosseguisse não restando suspensa; ou seja, nos limites da nova sistemática, o que o CPC consagra após a inovação inserida pela Lei 11.382/2006 é um modelo em que, para que se suspenda a execução, seria necessário que o executado conseguisse provar ao juiz de plano o seu bom direito e o risco do dano marginal insuportável, alhures o que ocorreria com uma tutela de urgência clássica, mas com o agravante de que, além desses pressupostos tradicionais (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), teria ainda que garantir o Juízo. E foi a aplicação desse sistema nas execuções fiscais que veio a ser debatido. Ou seja, o fisco passou a sustentar, com apoio de parte da doutrina (e exatamente a parcela que entendia que o efeito suspensivo dos Embargos à Execução Fiscal decorria do CPC e não da LEF) que o contribuinte embargante teria que requerer o efeito suspensivo nos moldes do art. 739-A, § 1º, do CPC; não bastaria garantir e embargar; ainda teria que lograr o convencimento do magistrado para atribuir o efeito suspensivo, assumindo o ônus de comprovar a fundamentação relevante e o risco do dano emergencial e insustentável.

5.6. Seria possível, em alguma situação, relativizar a tese adotada no STJ a partir do precedente de maio de 2013, no julgamento do REsp 1.272.827/PE? Do depósito em dinheiro e do art. 151, II, CTN c/c S. 112, STJ

Em particular, entendemos que nas hipóteses em que a garantia vier a ser oferecida pelo Embargante mediante **depósito do montante integral em dinheiro**, deveria ser admitida, por força da norma do **art. 151, II, do CTN**, em consonância com a **Súmula 112 do STJ**, o **efeito suspensivo automático nos Embargos à Execução Fiscal.**

Entendemos que, quando essa é a forma de garantia praticada para legitimar o direito de embargar, **a suspensão da execução decorre do art. 151, II, do CTN**, combinado com a velha e boa Súmula

112 do STJ, de modo a que não seria necessário entrar no mérito da discussão a respeito da previsão ou não na LEF, bem como no uso do art. 739-A, § 1.º, do CPC; o próprio CTN já asseguraria, expressamente, **a suspensão da exigibilidade do crédito**, o que, por óbvio, **alcançaria também a exequibilidade** (momento mais avançado no plano da exigibilidade), especialmente pelo fato de o CTN não fazer qualquer distinção quanto ao momento em que o depósito deve ser feito para gerar o efeito suspensivo, se antes ou durante a execução.

Força dessa percepção (e nos causa imensa estranheza que boa parte da doutrina silencie quanto a tal fato), o efeito suspensivo nos Embargos decorrendo do regime normativo do art. 739-A, § 1.º, CPC é algo que deve ser restrito às hipóteses em que os Embargos à Execução Fiscal sejam garantidos por penhora ou fiança, mas não quando a garantia venha a ser dada em dinheiro.

Até o presente momento da escrita desta obra, o STJ ainda não apreciou questionamento desse teor, até porque vinha prevalecendo a tese de que o efeito suspensivo era automático e dessa forma era irrelevante mergulhar na análise perfunctória a respeito de qual teria sido a modalidade de garantia oferecida para viabilizar a admissibilidade dos Embargos. Todavia, como o entendimento foi modificado e agora se nega o efeito suspensivo automático emanado implicitamente da LEF, exigindo-se a comprovação da obediência aos requisitos do CPC, parece-nos extremamente salutar que se analise a questão ora ventilada, e, desde logo, nos posicionamos no sentido de que **não se deveria aplicar o regime do art. 739-A, § 1.º**, do CPC **nos casos de oferecimento do depósito do montante integral em dinheiro como modalidade de garantia para a admissibilidade dos Embargos.**

A nosso ver, a única forma correta de interpretar o diálogo de complementaridade entre as fontes de onde emanam as normas que regem a matéria (LEF, CPC e CTN) é exatamente no sentido de se chegar à conclusão ora desnudada: **o art. 151, II, do CTN assegura a suspensão da exigibilidade do crédito por força do feitio do depósito e não distingue se tal depósito é feito com ou sem Execução Fiscal em andamento; logo, não caberia restringir o alcance dessa norma protetiva, a qual deve ser interpretada na sua literalidade, máxime por se tratar de norma focada na SUSPENSÃO DA EXIGBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, e, textos referentes a normas dessa natureza DEVEM SER INTERPRETADOS LITERALMENTE, conforme determina o essencial art. 111, I, do CTN, cânone da hermenêutica tributária**.

6. A PETIÇÃO INICIAL DE EMBARGOS

6.1. Noções iniciais. Visão geral da petição

Como ensino sempre, a petição deve ser visualizada em três momentos ou *partes* distintas. A primeira, a P1, é a "cabeça" da peça; a segunda ou P2, o "corpo", e a última, ou P3, é o "rodapé". Já aprendemos no estudo das ações anteriores, bem como no "manual de petição inicial" apresentado no início desta obra, que a P1 goza de cinco *elementos* (E1 ao E5), que a P2 conterá, em regra, pelo

menos três *elementos*, podendo esse rol ser alargado de acordo com cada ação, e, por fim, a P3 se estrutura com três *elementos*.

Na P1, sempre cumprimos cinco passos: cumprimentamos o juiz corretamente, endereçando a nossa petição de modo adequado (“elemento 1” da P1 – E1); depois nos apresentamos, fazendo a “qualificação do autor” (E2); em seguida, apresentamos o rol de artigos que fundamentam o ajuizamento da ação (E3); nomeamos a ação, fazendo a identificação da peça (E4); e, por fim, para fecharmos a P1, qualificamos o réu, perante quem queremos opor a tutela jurisdicional pretendida (E5). E sabemos que na prova do Exame da Ordem os cinco elementos são pontuáveis. A única especialidade que teremos na nossa P1, na petição da ação de Embargos do Executado, é a de que escreveremos no alto, no lado esquerdo, abaixo do endereçamento e antes da qualificação do autor (entre o E1 e o E2), a informação com a qual identificamos o número do processo da ação de execução fiscal embargada, destacando o nome do embargante e da embargada. Ou seja, para simplificarmos para o juiz, registramos em destaque qual o número da execução que deu causa aos embargos, quem é o embargante e quem é a embargada (exequente). Com isso, ele já consegue ver, de plano, quem está executando quem, ou quem está embargando contra quem, bem como consegue ver qual o número da execução logo ali no cabeçalho da peça. Na sequência, seguindo costume praticado com habitualidade, que praticamente virou regra quando da elaboração dos cabeçalhos de petições iniciais que viabilizam o ajuizamento de Embargos, registramos a tradicional expressão “DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA”, fazendo expressa menção ao fato processual que envolve o feito. Para fins de visualização, basta fazer como a seguir demonstrado:

Execução Fiscal n.º ...

Embargante: ...

Embargada: ...

Distribuição por Dependência

Esclareço que não existe obrigação legal alguma de se fazer isso, não há previsão no CPC nem em qualquer lei similar. É apenas um costume advocatício e que enobrece a qualidade da comunicação entre o advogado e o magistrado. Por isso sempre recomendo meus alunos a utilizarem o procedimento.

Na P2, trabalhamos basicamente com três elementos, quais sejam: narramos “os fatos” para que o magistrado saiba o que ocorreu e fomentou o ajuizamento da ação; é o tópico “DOS FATOS”, que é o E1 da P2; em seguida, após narrados os fatos, apresentamos a nossa tese jurídica, trazendo a fundamentação jurídica do nosso direito e daquilo que pediremos em seguida; é o tópico “DO DIREITO. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO”, que é o E2 da P2; por fim, apresentamos o rol de *pedidos*, fechando a P2 com o item “DO PEDIDO”, que é o E3 da P2.

Às vezes, antes mesmo do E1 (dos fatos), ou, entre o E1 e o E2 (do direito), colocamos alguns tópicos especiais preliminares, para destacarmos algumas informações importantes que queremos que o Examinador veja ao ler nossa petição inicial. Nem sempre elencamos todas essas preliminares na prática, mas, por estarmos sendo avaliados, por estarmos redigindo uma petição a título fictício, dentro de uma prova em que estão avaliando nossos conhecimentos, destacaremos com maior precisão, organização e rigor essas preliminares importantes. A depender de qual seja a ação,

mudamos essas preliminares. Na ação de *embargos*, colocamos três preliminares sempre, normalmente antes mesmo de entrarmos com o tópico “dos fatos”. Nessa lógica, abrimos as preliminares para nos referirmos à tempestividade, à garantia e ao efeito suspensivo dos embargos. E, sendo assim, podemos dizer que o tópico “dos fatos” transforma-se em E4, assim como o “do direito” é o E5 e o “do pedido” se converte em E6, já que termos como E1 o tópico “da tempestividade”, como E2 o item “da garantia” e, por fim, como E3, a terceira preliminar a ser destacada, que é o “do efeito suspensivo”.

Fechada a P2 com seus seis elementos, a P3 é o momento em que concluímos nossa peça, e ali apenas destacamos o *valor da causa*, que é o E1, e, em seguida, colocamos referência ao *local e data* (E2), bem como, por fim, ao *advogado e sua inscrição na OAB*, o E3.

6.2. Comentários sobre as preliminares da P2. Da garantia e do efeito suspensivo

Na preparação para as provas de segunda fase do Exame de Ordem, assim como, na verdade, no ensinamento para a própria advocacia, tenho orientado meus alunos a sempre destacarem, quando da redação da petição inicial, em tópicos apartados, entre os itens “Dos Fatos” e “Do Direito”, os três tópicos “preliminares” que devem ser citados com muita cautela, antes de escrever o item em que se formalizam os pedidos. Ou seja, no meio da redação da causa de pedir (dos fatos e do direito), ensino os alunos a realmente darem destaque a três itens, especialmente na prova da OAB, pois creio que são itens potenciais para merecerem atribuição de grau, de pontuação no espelho elaborado pela Banca Examinadora. Falo, portanto, dos seguintes tópicos:

- **DA TEMPESTIVIDADE**
- **DA GARANTIA**
- **DO EFEITO SUSPENSIVO**

Entendo ser, no mínimo, útil citar esses três tópicos para elucidar e destacar de modo visível três pontos peculiares à Ação de Embargos à Execução Fiscal. No entanto, indo além, creio, na verdade, que é uma medida de prevenção bem inteligente a ser utilizada na hora da prova. Afinal, se estamos falando de temas que podem ser potenciais itens a serem pontuados no espelho de prova, o que custa redigi-los de modo claro, organizado, apartado do texto normalmente imenso em que apresentamos os argumentos jurídicos a sustentarem os pedidos (item “Do Direito”)? Acho sinceramente que, para evitar o risco de a Banca não visualizar na sua peça esses quesitos, caso venha realmente a eventualmente pontuar esses itens, vislumbro que, por questão de prudência, de política preventiva, o candidato deve sim abrir o tópico em apartado e expor dentro de cada uma dessas três “preliminares” específicas o conteúdo correto. Analisemos esses conteúdos a serem escritos dentro dos citados tópicos especiais a serem incluídos na formatação da peça.

Dessa forma, a montagem da nossa “P2” teria a seguinte estrutura:

• **DOS FATOS**

• **DA TEMPESTIVIDADE**

• **DA GARANTIA**

• **DO EFEITO SUSPENSIVO**

• **DO DIREITO**

• **DO PEDIDO**

No item “DA TEMPESTIVIDADE” o objetivo é que o aluno, com suas próprias palavras, faça constar na petição que o ajuizamento dos Embargos se faz tempestivo, posto dentro do prazo de trinta dias conforme contagem nos termos ensinados nos termos do art. 16 da Lei 6.830/1980. Inclusive, recomendo que, se na questão da prova, o quesito for feito de forma a sugerir que o advogado (no caso, o próprio candidato) está sendo contratado dentro do prazo de cinco dias para oferecer a garantia, que também se afirme que esse lapso temporal de cinco dias (para oferecer a garantia) foi respeitado. Nesse sentido, recomendo que o candidato cite “as duas tempestividades”, tanto a de cinco dias para oferecer a garantia, como a de trinta dias para ajuizamento dos Embargos já garantidos. Quanto a essa tempestividade dos cinco dias para dar a garantia, evidentemente que ela não deve ser citada se a situação apresentada for aquela em que a penhora tenha se dado “portas a dentro”, diante da inércia do contribuinte em não ter oferecido garantia. Aliás, óbvio que, se o contribuinte não ofereceu a garantia no prazo de cinco dias e sofreu penhora “portas a dentro”, não houve respeito à tempestividade, de forma que, realmente, ela não deve ser citada.

Portanto, recomendo que o candidato faça essa referência na sua prova. A título de exemplo, cito um rápido modelo sugestivo de como escrever esse tópico; segue, primeiramente, um modelo de escrita para o caso em que tenha ocorrido penhora pela via forçada, sem que o contribuinte tenha oferecido bens no prazo de cinco dias:

DA TEMPESTIVIDADE

O embargante enfatiza que o presente ajuizamento se faz tempestivo, posto dentro do prazo de trinta dias contados da intimação da penhora, conforme previsto no art. 16, III, da Lei 6.830/1980. Pede, portanto, que no que diz respeito ao requisito da tempestividade, que seja conhecida e admitida a presente ação.

No entanto, quando se trata de ajuizamento de Embargos em que a garantia vai ser oferecida voluntariamente pelo contribuinte, no prazo dos cinco dias, indico o seguinte modelo:

DA TEMPESTIVIDADE

O embargante enfatiza que o presente ajuizamento se faz tempestivo, seja no que tange ao prazo de cinco dias para oferecimento da garantia, que foi respeitado, seja no que diz respeito ao prazo de trinta dias para o próprio ajuizamento, o que também se evidenciou. Tudo nos termos dos arts. 8.º, 9.º ... (inciso ‘x’) e 16 ... (inciso ‘x’) da Lei 6.830/1980. Pede, portanto, que, no tocante ao requisito da tempestividade, seja conhecida e admitida a presente ação.

Obs.: sempre que o candidato fizer referência ao prazo de cinco dias para oferecimento da garantia e ao prazo de trinta dias para ajuizamento, recomendo que cite o inciso correto nos arts. 9.º e 16 da LEF, correspondente à modalidade de garantia oferecida. A título de exemplo, se a garantia

oferecida for o depósito do montante integral, deve o candidato fazer expressa referência ao art. 9.º, inciso I, combinado com o art. 16, inciso I, que são os incisos, nos dois artigos, que fazem referência ao depósito; contudo, se a garantia for mediante fiança bancária, devem ser citados o art. 9.º, II c/c o art. 16, II. Por fim, sendo a indicação de bens à penhora a forma de oferecimento da garantia, o candidato deve citar na sua prova, na elaboração da petição, o art. 9.º, III (ou IV – analisar o caso concreto) c/c o art. 16, III, sempre da Lei 6.830/1980. Transcrevo os dois artigos para elucidar o comentário:

Art. 9.º Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá:

I – efetuar depósito em dinheiro, à ordem do Juízo em estabelecimento oficial de crédito, que assegure atualização monetária;

II – oferecer fiança bancária;

III – nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11; ou

IV – indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública.

§ 1.º O executado só poderá indicar e o terceiro oferecer bem imóvel à penhora com o consentimento expresso do respectivo cônjuge.

§ 2.º Juntar-se-á aos autos a prova do depósito, da fiança bancária ou da penhora dos bens do executado ou de terceiros.

§ 3.º A garantia da execução, por meio de depósito em dinheiro ou fiança bancária, produz os mesmos efeitos da penhora.

§ 4.º Somente o depósito em dinheiro, na forma do artigo 32, faz cessar a responsabilidade pela atualização monetária e juros de mora.

§ 5.º A fiança bancária prevista no inciso II obedecerá às condições preestabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 6.º O executado poderá pagar parcela da dívida, que julgar incontroversa, e garantir a execução do saldo devedor.

(...)

Art. 16. O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:

I – do depósito;

II – da juntada da prova da fiança bancária;

III – da intimação da penhora.

§ 1.º Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução.

§ 2.º No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite.

§ 3.º Não será admitida reconvenção, nem compensação, e as exceções, salvo as de suspeição, incompetência e impedimentos, serão arguidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos.

Avançando nas recomendações, passo a abordar o item **"Da Garantia"**. O importante neste tópico é o candidato registrar na sua petição que a garantia foi oferecida, explicando que essa é uma exigência expressa prevista no art. 16, § 1.º, da Lei 6.830/1980.

Aqui, por prudência, recomendo que o candidato dedique pequenas linhas nesse tópico para fazer sucinta referência à polêmica que foi enfrentada nos primeiros cinco anos após a promulgação da Lei 11.382/2006, sustentando que o STJ firmou entendimento no sentido de que não se aplica nas Execuções Fiscais o disposto no art. 736 do CPC, com sua nova sistemática introduzida pela Lei 11.382/2006. Acho prudente que o candidato cite essa questão, pois creio ser possível que a Banca atribua pontuação a tal referência, em face de sua importância nos últimos anos. Nesse linear, apresento, a título meramente sugestivo, um modelo de escrita para o item:

DA GARANTIA

O embargante esclarece que cumpriu a exigência prevista no art. 16, § 1.º, da Lei 6.830/1980, de modo que ofereceu a garantia mediante ... (indicar se foi penhora, fiança ou depósito), nos termos do disposto no art. 9.º, ... (inciso referente à modalidade de garantia oferecida) e art. 16, ... (inciso correspondente à garantia oferecida). Frisa que o STJ em recente fixação de entendimento pacificou que não se aplica o art. 736 do CPC nas Execuções Fiscais, já que a LEF, em face de sua especialidade, não foi atingida pelas inovações promovidas pela Lei 11.382/2006, de forma que continua sendo exigido o oferecimento da garantia, o que, reafirme-se, se cumpriu no caso presente.

Chamo também a atenção para os casos em que o candidato perceba que a questão da prova versa sobre uma situação fática em que a penhora já foi feita, pela via forçada, por força de o contribuinte executado não ter oferecido voluntariamente garantia. Intimado dessa penhora feita, desde que dentro dos trinta dias, pode ajuizar os Embargos, pois, como foi feita a penhora, caberá o ajuizamento, em face de estar garantido o Juízo. Redijo um modelo exemplificativo a seguir:

DA GARANTIA

O embargante esclarece que resta cumprida a exigência prevista no art. 16, § 1.º, da Lei 6.830/1980, pois, como ocorreu a consumação da penhora sobre os bens do executado, o Juízo fica garantido, sendo cabível por logo o ajuizamento dos presentes Embargos. Frisa, ainda, que o STJ em recente fixação de entendimento pacificou que não se aplica o art. 736 do CPC nas Execuções Fiscais, já que a LEF, em face de sua especialidade, não foi atingida pelas inovações promovidas pela Lei 11.382/2006, de forma que continua sendo exigida a garantia como requisito para autorizar os Embargos, o que, reafirme-se, não está violado no caso presente.

Passo, a partir de agora, a fazer referência ao tópico relativo ao polêmico tema atinente ao efeito suspensivo. O tópico “Do Efeito Suspensivo”.

Neste item, por força do novo posicionamento adotado no STJ, após o julgamento do já citado precedente modificativo, decidido em 22.05.2013 (REsp 1.272.827/PE), entendo que o candidato deve pleitear o deferimento do efeito suspensivo nos termos do disposto no art. 739-A, § 1.º, do CPC, tendo o zelo de **afirmar que restam perfeitamente cumpridos todos os requisitos exigidos no mencionado dispositivo.** Logo, de bom grado que o candidato afirme na sua petição que, além de estar devidamente garantido o Juízo, afirmar que **são relevantes os fundamentos** (*fumus boni iuris*) e que **o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação** (*periculum in mora*).

O conselho que dou a todos é que, quando escreverem esse tópico e redigirem seu conteúdo, **abram o CPC no momento da prova e façam a leitura do art. 739-A, § 1.º**, pois ele define exatamente quais os requisitos a serem escritos. Para fins de lembrança, peço vênia para transcrever o mencionado comando legal:

CPC, art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo.

§ 1.º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

§ 2.º A decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, cessando as circunstâncias que a motivaram.

Ainda no tópico, entendo fundamental pedir que não apenas se defira o efeito suspensivo, mas, em especial, que ele **seja mantido até o final**, pois é unívoco ser seu caráter precário (vide norma do parágrafo segundo do referido artigo fonte).

Formalizo, portanto, um pequeno texto sugestivo de como redigir o item referente ao tema ora abordado:

DO EFEITO SUSPENSIVO

O Embargante pede possa V. Exa. atribuir aos presentes Embargos o efeito suspensivo, já que restam atendidos, cumulativamente, todos os requisitos necessários para tal deferimento, conforme o disposto no art. 739-A, § 1.º, CPC. O juízo goza de garantia suficiente, vide 'xyx' (penhora / fiança / depósito) regularmente oferecida, conforme se constata na verificação da juntada do comprovante de sua realização nas folhas ... dos autos. Assevera que são relevantes os fundamentos, vide argumentação exposta na presente peça processual (fumus boni iuris*), bem como, e ainda acresce, que o prosseguimento da execução manifestamente possa causar grave dano de difícil ou incerta reparação (*periculum in mora*). Pede, ainda, que tal efeito possa ser, além de deferido, mantido até o final do processo.*

Por fim, feitas as referências a esses três pontuais itens a serem destacados na Petição Inicial, na estrutura da P2, quero deixar derradeiras dicas a respeito da elaboração do importante item "DOS PEDIDOS". Vamos lá!

Quando da elaboração desse tópico, sugiro que o candidato faça os três "Pedidos Genéricos" que ensino que devem ser feitos em praticamente todas as Ações, que são os pedidos de "citação do réu", de "permissão para produção de provas" e de "condenação da ré ao pagamento de verbas de sucumbência e honorários de advocacia". Todavia, aqui, no primeiro desses pedidos, o que seria o da "citação" do réu, recomendo que ao elaborar a petição o candidato peça a ***INTIMAÇÃO DO RÉU***, e não a mera "citação". Na verdade, a LEF, no art. 17, expressamente faz a referência ao ato como ato de ***intimação***, o que, no fundo, é técnico, pois o fisco está vinculado ao feito como autor da Execução já ajuizada e na qual os Embargos serão distribuídos por dependência. Portanto, fica a dica de que se formalizem os três primeiros pedidos observando-se esse importante detalhe. Deixo, portanto, uma sugestão exemplificando a forma de redigir esses três primeiros pedidos:

DOS PEDIDOS

a) *requer a intimação do Réu para caso haja interesse impugnar no prazo de trinta dias, nos termos do art. 17 da Lei 6.830/80;*

b) *requer a permissão para a produção de todas as provas admitidas em Direito;*

c) *requer a condenação da embargada ao pagamento de verbas de sucumbência e honorários de advocacia.*

No prosseguimento da elaboração dos pedidos, o candidato deve formalizar alguns pedidos específicos, peculiares à peça embargante. Nesse contexto, recomendo, antes de tudo, dentro do item ora em comento, *reafirmar* o pedido já feito de *atribuição do efeito suspensivo* e citar novamente o art. 739-A, § 1.º, do CPC e sua manutenção at. Após esse pedido, deve formalizar o pedido principal de julgamento de procedência da Ação, para todos os fins devidos, e, após, formalizar o pedido de levantamento da garantia oferecida ao final.

Dentro do contexto acima descrito, apontando os pedidos específicos, complemento a informação destrinchando o conteúdo do pedido de procedência, acusando todas as cinco finalidades a serem alcançadas com esse pedido, o qual, sem dúvidas, é o *pedido principal* na Ação de Embargos. Logo, sobre esse *pedido específico principal*, é importante que o candidato esclareça na peça que a procedência que se pede da Ação é para fins de, primeiramente, *extinguir a execução embargada*; na segunda frente, para fins de *declarar nulo o título executivo, a CDA;* consequência desse segundo pedido, vem o terceiro, no prumo de que a procedência da Ação também deve ser para fins de *ordenar o cancelamento do termo de inscrição de dívida ativa*; o quarto objetivo a ser concretizado com o pedido é de *declarar a extinção do crédito tributário*, sendo o quinto, o *reconhecimento da inexistência da dívida.* Observe-se que todos são pedidos muito parecidos, mas que não se

confundem e não se excluem, pelo contrário, se complementam. Não creio que em uma avaliação em prova o espelho chegasse ao rigor de exigir realmente todas essas especificações; todavia, recomendo que o candidato se esforce para enxergar todos esses desdobramentos, minimizando seu risco e formalizando o pedido principal da maneira realmente mais adequada. Sendo assim, transcrevo abaixo um sugestivo modelo de redação dos três pedidos complementares, incluído o pedido principal nos moldes citados:

DOS PEDIDOS

d) *reafirma pedido de atribuição do efeito suspensivo nos presentes Embargos, já que, como ante exposto, restam observados os requisitos previstos no art. 739-A, § 1.º,* CPC, *e sua manutenção até o final do processo;*

e) *requer julgue procedente a presente Ação para fins de extinguir a Execução Fiscal embargada, declarando a inexistência da dívida, reconhecendo a nulidade do título executivo, afirmando pela extinção do crédito tributário nos termos do art. 156, X, do CTN, ordenando, ainda, o cancelamento do termo de inscrição em dívida ativa;*

f) *requer, caso julgada procedente a presente Ação, que seja ordenado o levantamento da garantia ao final, no prazo e na forma da lei.*

Registradas as considerações sobre os seis tradicionais pedidos na petição inicial da Ação de Embargos à Execução Fiscal, faço breve comentário sobre o item referente ao *valor da causa*. Na verdade, apesar de na Ação de Embargos o contribuinte executado, então embargante, estar apresentando uma *petição inicial*, ele não terá o poder de estipular o valor da causa, ainda que seja obrigado a fazer expressa referência a esse item obrigatório nas petições. É que cabe à Procuradoria da Fazenda exequente explicitar tal valor, o qual, por força da regra emanada do art. 6.º, § 4.º, da Lei 6.830/1980, será o valor previsto na Certidão de Dívida Ativa, que é o valor sobre o qual se debruça a pretensão arrecadatória exteriorizada na demanda executiva. De fato, o valor da dívida exequenda é o valor da causa. A LEF assim define e a Procuradoria, em ato vinculado, assim expõe, cabendo ao embargante, para cumprimento de mera formalidade, repetir a referência ao valor comentado na sua peça inaugural da *Actio* de defesa. Tenho sugerido aos meus alunos que no momento da prova utilizem a simples redação que diz:

• Dá-se a causa o valor de R$ ... (valor da dívida exequenda, previsto na CDA e expresso na Petição Inicial da Ação de Execução, nos termos do art. 6.º, § 4.º, da Lei 6.830/1980).

Portanto, essas eram algumas importantes pontuações que queria trazer para vocês no intento de ajudá-los quando da redação da petição inicial da Ação de Embargos do Executado diante de uma Execução Fiscal em curso.

7. MODELOS DE PETIÇÕES INICIAIS

7.1. Modelo genérico de petição. Justiça Estadual

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara (competente para a Execução Fiscal) da Comarca do Município ...

Execução Fiscal n.º: ...

Distribuição por dependência.

Embargante:

Embargada:

(10 linhas)

Sociedade PB, CNPJ, endereço, atos constitutivos anexos com todos os demais dados qualificadores, vem, por meio de seu advogado (procuração acostada com qualificações e endereço para os fins do disposto no art. 39, I, CPC), respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, nos termos dos artigos 282, CPC e 8.º, 9.º, 16 e 17 da Lei 6.830/1980, e ainda art. 739-A, § 1.º, CPC, ajuizar os presentes

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

em face do Município ... pessoa jurídica de direito público interno, domicílio, e sua Fazenda Pública Municipal, com base nos fatos e fundamentos a seguir expostos.

I – DA TEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS

(art. 16, LEF)

II – DA GARANTIA

(arts. 8.º e 9.º, LEF)

III – DO PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO NOS PRESENTES EMBARGOS

(art. 739-A, § 1.º, CPC)

IV – DOS FATOS

V – DO DIREITO. DOS FUNDAMENTOS DO PEDIDO EMBARGANTE

VI – DO PEDIDO

a) a intimação da ré, na pessoa de seu representante, para, nos termos do art. 17 da Lei 6.830/1980, se manifestar, caso haja interesse;

b) a permissão para produção de todas as provas admissíveis em direito;

c) seja condenada a ré a pagamento de todas as verbas devidas e honorários advocatícios.

d) requer seja julgada procedente a ação e declarada extinta a execução fiscal embargada, reconhecendo-se a nulidade do título executivo e a inexistência de crédito tributário em favor da embargada;

e) requer seja deferido o efeito suspensivo no presentes embargos, nos termos do art. 739-A, § 1.º, do CPC, nos termos ante expostos, bem como que tal efeito seja mantido até o final do processo;

f) o levantamento da garantia ao final do processo.

Dá-se à causa o valor R$ ...

(valor constante na CDA – art. 6.º, § 4.º, Lei 6.830/1980 c/c os arts. 258 a 261 CPC)

Nesses termos,

Pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB n.º ...

7.2. Embargos na Justiça Federal. Tributo federal. Execução fiscal ajuizada pela União

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara Federal (competente para a Execução Fiscal) da Seção Judiciária do Estado ...

Execução Fiscal n.º: ...

Distribuição por dependência.

Embargante:

Embargada:

(10 linhas)

Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, CPC e identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado (procuração anexa com todas as qualificações necessárias e endereço para os fins do disposto no art. 39, I, CPC), respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, nos termos dos artigos 109, I, CRFB/1988; 282, CPC; 8.º, 9.º, 16 e 17 da Lei 6.830/1980, e ainda art. 739-A, § 1.º, CPC, ajuizar os presentes

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

em face da União Federal ... pessoa jurídica de direito público interno, domicílio, e sua Fazenda Pública Nacional, com base nos fatos e fundamentos a seguir expostos.

I – DA TEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS

(art. 16, LEF)

II – DA GARANTIA

(arts. 8.º e ٩.º, LEF)

III – DO PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO NOS PRESENTES EMBARGOS

(art. 739-A, § 1.º, CPC)

IV – DOS FATOS

V – DO DIREITO. DOS FUNDAMENTOS DO PEDIDO EMBARGANTE

VI – DO PEDIDO

a) a intimação da ré, na pessoa de seu representante, para, nos termos do art. 17 da Lei 6.830/1980, se manifestar, caso haja interesse;

b) a permissão para produção de todas as provas admissíveis em direito;

c) seja condenada a ré a pagamento de todas as verbas devidas e honorários advocatícios.

d) requer seja julgada procedente a ação e declarada extinta a execução fiscal embargada, reconhecendo-se a nulidade do título executivo e a inexistência de crédito tributário em favor da embargada;

e) requer seja deferido o efeito suspensivo no presentes embargos, nos termos do art. 739-A, § 1.º do CPC, nos termos ante expostos, bem como que tal efeito seja mantido até o final do processo;

f) o levantamento da garantia ao final do processo.

Dá-se à causa o valor R$ ...

(valor constante na CDA – art. 6.º, § ٤.º, Lei ٦.٨٣٠/1980 c/c os arts. 258 a 261 CPC)

Nesses termos,

Pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB n.º ...

CAPÍTULO III
EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

1. CONCEITO

A *exceção de pré-executividade* revela-se como importantíssimo ***incidente processual de defesa*** que o ordenamento permite ser manuseado quando certa pessoa está sendo executada, em cobrança irrefutavelmente equivocada, contra a qual se pode produzir prova documental inatacável, comprovando-se mediante uma simples petição nos autos do processo executivo que a dívida exequenda é infundada. Adota-se esse mecanismo de defesa, que, no fundo, se revela como um verdadeiro *contra-ataque*, com o qual o réu ataca fulminantemente o título executivo e as alegações do exequente, provando que a execução ajuizada não pode prosseguir, provocando então sua extinção. É utilizável, normalmente, para arguição de matérias que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz sem qualquer necessidade de dilação probatória, o que, inclusive, é condição fundamental para o cabimento do incidente em tela, uma vez que, se for necessária a produção de provas, a matéria só pode ser arguida em sede de embargos.

É comum em casos de nulidades, em casos de vício objetivo do título executivo, em casos de carência de ação por parte do exequente, situações nas quais o processo é extinto sem resolução de mérito, nos termos do art. 267 do CPC. Em algumas situações especiais é até possível alvejar o processo provocando sua extinção com resolução de mérito, como nas situações em que a prescrição e a decadência estão consumadas e podem ser provadas de modo irrefragável. Desde que realmente seja viável provar que se consumaram os fenômenos temporais em comento, pode o juiz acolher a alegação em sede de *exceção de pré-executividade*, extinguindo a execução com resolução de mérito, nos termos do art. 269, IV, CPC.

2. NATUREZA JURÍDICA

A *exceção de pré-executividade* não é uma *ação*, nem sequer é um *recurso*. Não se trata de uma ação ordinária autônoma, sequer inominada. Não é um agravo ou apelação. Não é uma contestação, uma reconvenção ou uma modalidade comum de resposta do réu. Não se confunde com uma ação de embargos do devedor, ainda que, no propósito, muito se aproxime deste. A *exceção de pré-executividade*, também chamada por muitos de *objeção de executividade*, é um *incidente processual*, materializado em uma simples petição, endereçada pelo réu executado diretamente ao juiz da execução, no próprio corpo da execução ajuizada, para que, por meio dela, o réu esclareça ao juiz que existe um vício que compromete frontalmente a viabilidade da execução.

Por meio da *exceção* aduzida, o réu se manifesta para esclarecer ao juiz que existe um fundamento objetivo que revela ser indevida a execução, comprovando o alegado de ofício e documentalmente,

de modo claro, transparente e inconteste, sem nenhuma necessidade de contraditório ou de produção de provas, expondo-se um vício que poderia ser conhecido de ofício pelo magistrado caso percebesse a patologia, e assim extinguindo sumariamente a execução.

Por fim, registre-se que a *exceção de pré-executividade* é uma mera técnica de *defesa especial* idealizada pelos advogados, acolhida nos Tribunais, manuseável no dia a dia forense, a qual se formaliza por simples petição nos próprios autos da execução ajuizada, não se tratando de ação nova.

3. DA AMPLITUDE DAS VANTAGENS DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

O instituto em tela se revela extremamente vantajoso, não apenas para o próprio réu executado *excipiente,* mas também para a própria máquina pública, para o Judiciário e, em *ultima ratio*, para a própria coletividade, titular do dinheiro público. Explique-se.

Quando a execução não puder prosseguir, qualquer que seja o fundamento, quanto mais rápido se perceber o vício e mais cedo se encerrar o processo, menos custo haverá para todos, até mesmo para o próprio autor, e, mais do que especialmente considerando, para a própria máquina pública.

Se o réu tem motivo objetivo para *provar* de modo direto e inconteste que a execução não pode prosseguir, é do interesse do ordenamento jurídico ver o encerramento do processo pela via mais breve possível. Uma execução fundada em título nulo, em dívida prescrita, ou em dívida cobrada após lançamento feito com decadência consumada, de certo será extinta em momento superveniente, seja por alegação do próprio réu futuramente, ou em razão de conhecimento de ofício do próprio magistrado. Logo, inteligente projetar o uso de um incidente que possa expor tal mazela e alvejar o processo antecipadamente, evitando custos que podem ser poupados para o erário. Daí ser bem-vinda a *exceção de pré-executividade*. Realmente, provando-se de forma documental e incontroversa que a ação está viciada, que não merece prosseguir, o próprio Estado se beneficia da extinção precoce do processo, no qual, por mais que *ele* mesmo seja o exequente, *ele* perderia tempo e dinheiro em avançar em uma cobrança que não prosperaria e jamais alcançaria êxito ao final.

4. ACEITABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

No direito brasileiro, nenhuma lei chegou a escrever de modo claro e expresso alguma referência à *exceção de pré-executividade*. Não há previsão específica no CPC nem na Lei de Execução Fiscal fazendo referência ao instituto, ainda que, como analisar-se-á a seguir, exista via para fundamentar o seu uso dentro de alguns artigos do CPC, do CTN e da própria LEF.

No Brasil, o instrumento passou a ser desenvolvido nos anos 1960, após brilhante trabalho de Pontes de Miranda, no famoso *Parecer Manesmann*, no ano de 1966, em que apresentou a *exceção de pré-executividade* como incidente de defesa que se traduzia em verdadeira *exceção dilatória*, alegando matérias prévias e de ordem pública, conhecíveis de ofício, capazes de fulminarem a

execução. No caso histórico e apontado como genitor do tema no País, o que ocorreu foi que uma série de demandas executivas fundadas em *títulos falsos,* ajuizadas contra a *Companhia Siderúrgica Manesmann*, inclusive muitas delas com pedidos de falência desta Companhia. Se tivesse que se valer da via ordinária de defesa, a ação de embargos de devedor, a ré atacada teria que garantir o Juízo, indicando bens à penhora ou depositando valores insuportáveis, e não teria como fazê-lo. Mas era viável provar a falsidade dos títulos e demonstrar ao juiz que o título executivo não tinha exigibilidade. Daí surgiu a genialidade do imortal Pontes de Miranda, criando em parecer eternizado nos anais do processo civil brasileiro a tese de que seria viável utilizar o incidente processual de defesa do executado, sem qualquer necessidade de garantia do Juízo, manuseável mediante formalização de simples petição atravessada nos autos da ação executiva, direcionada diretamente ao juiz, desde que se comprovasse de modo objetivo e incontestável a inviabilidade da execução. A partir de então o nosso processo executivo passou a conviver com a *exceção de pré-executividade*, citada por muitos, objeto de estudo aprofundado por poucos, mas manuseada no dia a dia dos processos executivos, especialmente aqueles ajuizados pelas Fazendas Públicas cobrando dívidas tributárias indevidas dos contribuintes.

5. DIFERENÇA ENTRE A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E OS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

Ao contrário da *exceção de pré-executividade*, os *embargos à execução fiscal* são verdadeira *ação autônoma,* manuseável pelo réu executado para atacar o título executivo que lastreia a execução movida pelo exequente. É, de fato, uma *ação contraposta*, na qual, podendo alegar tudo o que entender devido e oportuno, de fato e de direito, o réu executado, agora autor na ação de embargos, tenta provar que não assiste razão ao autor da ação executiva, que a dívida é infundada, que a cobrança é indevida e, assim sendo, recebendo julgamento procedente em sua ação embargante, busca desconstituir a presunção de validade do título executivo e a consequente extinção da execução deflagrada sem sofrer agressão em seu patrimônio. Enfatize-se que os *embargos à execução* não são uma *mera defesa do executado no curso do processo executivo*, como se afeiçoa ser a *exceção de pré-executividade*, simples incidente processual de defesa do executado, acidental e dentro do próprio processo de execução; os *embargos* não! Estes, repita-se, traduzem verdadeira ação autônoma e cognitiva. Parafraseando a lição do notável processualista carioca, Alexandre Freitas Câmara, pode-se afirmar que *"(...) os embargos do executado são, pois, processo autônomo, incidente à execução, de natureza cognitiva, dentro do qual se poderá apreciar a pretensão manifestada pelo exequente, para o fim de verificar se a mesma é procedente ou improcedente. Não parece haver muitas dúvidas em doutrina acerca desta natureza dos embargos do executado, definidos de forma pouco menos que unânime como processo de conhecimento autônomo em relação à execução"* (*Lições de direito processual*, 16. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. II, p. 353-354).

Além da já indicada diferença quanto à natureza dos institutos, o grande traço distintivo que revela

profunda importância prática, e que em especial interessa ao réu executado, é o fato de que na adução da *exceção de pré-executividade* não é necessária a garantia obrigatória do Juízo, ao contrário da ação de embargos do "devedor", na qual a garantia sempre se revelou requisito obrigatório de admissibilidade da mesma. Ou seja, o réu executado *excipiente* não precisa indicar bens à penhora nem depositar o valor correspondente ao objeto da execução para ter sua alegação recebida e apreciada pelo juiz. Diferente do que ocorre nos embargos, em que o réu executado, autor embargante, precisava necessariamente assegurar o direito do credor exequente lastreado no título executivo, para que pudesse ter sua argumentação apreciada.

É bem verdade que, após a recente reforma processual introduzida no processo executivo brasileiro pela Lei 11.382/2006, o art. 736 do CPC foi alterado e passou a ter nova redação e conteúdo, sofrendo substancial alteração, por via da qual se deixou de exigir do executado a garantia do Juízo para fins de dar admissibilidade aos embargos do devedor. Em tal frente, facilitou-se bastante o acesso ao contraditório no processo executivo, oportunizando-se ao réu atacado a chance de enfrentar a execução imposta sem precisar disponibilizar bens de seu patrimônio, seja pela via do depósito ou da penhora.

Apesar da citada inovação, profundo debate vem sendo travado na doutrina a respeito da aceitação de estender tal modificação ao executivo fiscal, tendo prevalecido o entendimento de que não se deve aceitar a aplicação de tal benesse na execução dos créditos tributários da Fazenda Pública, regida por lei especial, a Lei 6.830/1980 (LEF), que não teria sofrido afetação pela inovação promovida pela Lei 11.382/2006, respeitando-se como intocada a sua previsão que exige expressamente a garantia oferecida pelo contribuinte réu executado para que possam ser admitidos os embargos. Nesse viés, continuaria sendo necessário o oferecimento da garantia para se poder interpor embargos à execução fiscal, nos termos do art. 16, § 1.º, do referido diploma especial. Confira-se o texto de cada um dos dispositivos:

> ***CPC** – Art. 736. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos. (Redação dada pela Lei n.º 11.382, de 2006.)*
>
> ***LEF** – Art. 16. O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:*
>
> *I – do depósito;*
>
> *II – da juntada da prova da fiança bancária;*
>
> *III – da intimação da penhora.*
>
> ***§ 1.º Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução.***

Logo, mantém-se viva essa nodal diferença entre a *exceção de préexecutividade* e os *embargos a execução fiscal*.

Outra questão frontal a ser apontada como distintiva entre o incidente processual de defesa e a ação autônoma do executado diz respeito ao fato de que as matérias a serem alegadas em sede de embargos não sofrem qualquer restrição, ao contrário das que se suscitam na defesa excipiente do réu, que só podem ser matérias de ordem pública e conhecíveis de ofício pelo magistrado. Ou seja, se, de um lado, qualquer matéria pode ser ventilada em sede de embargos, por outro, apenas algumas matérias legitimam o uso de exceção de pré-executividade. Nunca será errado utilizar a via dos embargos do devedor, que é sempre cabível, ao contrário da defesa de *pré-executividade,* a qual

sofre limitação material e só pode ser manuseada em certos feitos.

Por fim, destaque-se que nos embargos todos os meios de provas admissíveis em direito são de livre acesso pelo embargante que protesta pela permissão para fazer sua produção, podendo se valer da ampla defesa e buscar provar suas alegações dentro do devido processo legal. Já na *exceção de pré-executividade* não se admite dilação probatória, debate, elasticidade na apreciação do alegado. Não que *não caiba a produção de provas* em *exceção de pré-executividade*; por óbvio que não é isso; até porque, se não ficar provado o alegado, não será acolhida a exceção; o que verdadeiramente se pretende esclarecer é que no incidente processual em comento a prova já tem que se fazer pré-constituída na própria petição, de modo documental, claro, inconfundível, semelhante ao que ocorre no mandado de segurança. O que não se admitirá é que o juiz precise apreciar fatos e argumentos que transcendem a documentação acostada nos autos para se convencer da inviabilidade da execução. Se for necessária a apreciação de fatos e argumentos, se for preciso a oitiva do exequente, não será acolhida a exceção de pré-executividade, devendo o réu executado ajuizar a ação de embargos e nesta produzir as provas que não conseguiu externar na via excipiente.

6. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

É comum ouvir ou ler que não há previsão legal para a *exceção de pré-executividade* na legislação brasileira, declarando-se que tal ferramenta tem sede doutrinária e jurisprudencial, mas sem acolhida legal. Com o devido respeito, não prospera tal afirmativa.

O primeiro fundamento a ser citado é de natureza constitucional. Trata-se do art. 5.º, XXXV e LV, que asseguram, respectivamente, o acesso ao Judiciário quando se tem lesão ou ameaça de lesão a direito, bem como "o contraditório e a ampla defesa com os ***meios*** e recursos a eles inerentes". A Carta Magna é base positiva para que se possa valer o jurisdicionado de todos os ***m-e-i-o-s*** por via dos quais se possa exercer defesa contraditória diante de dicção infundada que afeta a seara de interesses e direitos de cada um. Constate-se que o inciso LV do art. 5.º não menciona apenas os recursos, mas sim todos os ***meios*** viáveis, e tal base positiva é a primeira a legitimar a *exceção de pré-executividade.*

No CPC, um tripé de artigos se ergue para, com sistemática compreensão, embasar o uso do incidente processual de defesa objeto do estudo em tela. São os arts. 580, 586 e 618, I, que afirmam que só pode lograr êxito uma execução diante de devedor que não satisfaça uma obrigação ***certa***, ***líquida*** e ***exigível***, assegurando-se que não haverá fundamento para o processo constritivo se o título executivo não se fundar em obrigação com tais qualidades, afirmando-se, por derradeiro, que a execução será ***nula*** se isso ocorrer. Ou seja, o CPC sustenta que a execução embasada em título executivo que não se edifica em razão de violação em obrigação certa, líquida e exigível, é acometida com *nulidade processual*. Confira-se a transcrição de cada um dos três dispositivos citados que embasam o uso da *exceção de pré-executividade:*

Art. 580. *A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível,*

consubstanciada em título executivo. (Redação dada pela Lei n.º 11.382, de 2006.)

Art. 586. *A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível. (Redação dada pela Lei n.º 11.382, de 2006.)*

Art. 618. *É nula a execução:*

I – se o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível (art. 586). (Redação dada pela Lei n.º 11.382, de 2006.)

Ora, se não há que falar em obrigação tributária *certa*, em face de fundamentos comprováveis documentalmente, o título está viciado e perde seu embasamento, e acometida fica a execução fiscal de nulidade processual, a qual enseja declaração de ofício pelo magistrado, revelando-se matéria de ordem pública. Logo, sempre que o executado puder provar mediante uma simples petição que a obrigação carece de ***certeza***, ele estará apontando a nulidade processual do executivo deflagrado, e, por assim ser, deve o juiz extinguir o feito sem qualquer apreciação de fatos ou argumentos paralelos. Por logo, os arts. 580, 586 e 618, I, do CPC, embasam o uso da *exceção de pré-executividade*.

Por fim, é possível e devido ainda que se citem dois artigos que estão em simétrica perfeição, um do CTN e um da LEF, os quais, em magna sintonia, legitimam o uso da defesa estudada e dão fundamentação a seu manuseio nos executivos fiscais. Trata-se do art. 204, parágrafo único, do CTN e do seu correspondente art. 3.º, parágrafo único, da Lei 6.830/1980, que asseguram que a presunção relativa de certeza e liquidez de que a certidão de dívida ativa goza *pode ser elidida por prova inequívoca produzida pelo executado ou por terceiro*. Ora, ambos os textos permitem que o executado possa fazer prova inequívoca que quebre a presunção (que é relativa!) de liquidez e certeza do título executivo extrajudicial (CDA), lastreador da ação de execução fiscal; se assim autoriza e não indica o meio, deve-se entender em leitura antenada do art. 5.º, LV, da CRFB/1988, já citado que pode ser utilizado *todo e qualquer meio de defesa* para se expor tal prova inequívoca e assim evitar a continuidade do processo que se funda em título viciado. Confira-se a transcrição do texto de ambos os dispositivos citados:

LEF – Art. 3.º *A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez.*

Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e ***pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado*** *ou de terceiro, a quem aproveite (grifo nosso).*

CTN – Art. 204. *A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída.*

Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa ***e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo*** *ou do terceiro a que aproveite (grifo nosso).*

Logo, sempre é possível fundamentar a exceção de pré-executividade nos arts. 5.º, XXXV e LV, da CRFB/1988, 580, 586 e 618, I, do CPC, art. 204, parágrafo único, do CTN, e art. 3.º, parágrafo único, da LEF.

Quando a matéria a ser suscitada for a prescrição e a decadência, ainda podem ser citados os artigos do CTN (ou da LEF, no caso da prescrição intercorrente) ligados ao tema, bem como o art.

156, V, do CTN, que aponta a extinção do crédito por tais vias. Em tais casos, inclusive, pode ser indicado também o art. 269, IV, do CPC. Nas demais hipóteses de extinção da execução por falta de condição da ação, não sendo caso de prescrição ou decadência, pode ser citado o art. 267 do CPC, que embasa a extinção dos feitos sem resolução de mérito.

Por fim, deve ser sempre citada a Súmula 393 do Superior Tribunal de Justiça, aprovada no dia 23.09.2009, com o seguinte texto: ***"A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória"***.

7. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. POSSIBILIDADE DE ALEGAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Matérias sempre polêmicas, a *prescrição* e a *decadência* podem ser arguidas em sede de *exceção de pré-executividade*, desde que, no caso concreto, possa o réu executado provar de modo inequívoco que tais fenômenos extintivos tenham realmente se consumado. Se o contribuinte tiver meios de provar documentalmente, de modo inconfundível e inatacável, que a dívida exequenda foi cobrada por lançamento feito após ter se operado a caducidade de tal direito (decadência!), ou que a execução fiscal foi ajuizada tardiamente a ponto de o *despacho citatório* interruptivo da prescrição ter sido proferido somente após consumado o lapso temporal quinquenal deflagrador da prescrição, não faria sentido forçá-lo a embargar a execução, oferecer garantia, sofrer agressão a seu patrimônio para então, em sede de embargos, arguir em caráter preliminar a extinção da execução com resolução de mérito em face da consumação da prescrição ou decadência. Não faria sentido quando tais feitos são verdadeiramente comprováveis em uma simples petição acrescida de documentação probatória.

Vale sempre lembrar que decadência e prescrição são matérias de ordem pública e podem ser conhecidas de ofício pelos magistrados, o que somente reforça a viabilidade de sua arguição por via do incidente de pré-executividade. Se ao juiz já seria facultado declarar de ofício a ocorrência de tais fenômenos, independentemente de qualquer arguição, irrazoável seria vedar ao réu executado o direito de demonstrar e provar tais ocorrências, escapando de ter que sofrer a penhora de seus bens ou disponibilizar depósito para poder embargar a execução, para que então pudesse, nos embargos, fazer a mesma alegação. Logo, que se agracie a economicidade e busque-se a evitabilidade de custos desnecessários, propiciando-se ao réu executado alegar a consumação da prescrição ou decadência em exceção de pré-executividade, desde que realmente prove o feito, para então promover a extinção da execução indevida, almejadora de crédito tributário já extinto.

Considerável grupo de estudiosos entende, entretanto, que não se poderia alegar prescrição pela via excipiente. O fundamento é simples e merece reflexão: existem causas impeditivas, suspensivas e interruptivas de prescrição, o que afeta a fluência de seu prazo e pode modificar completamente o momento de sua consumação. E muitas vezes, na exceção de pré-executividade aduzida, o juiz não tem acesso a essas informações. Daí seria extremamente inseguro acolher a alegação de prescrição e extinguir a execução sem sequer consultar o exequente, sem oportunizar o contraditório, sem pelo

menos buscar ouvir da Fazenda se realmente ocorreram fatos afetativos do prazo prescricional que poderiam ter realmente lhe procrastinado, e ainda assim não estaria consumada a prescrição; e, nesse raciocínio, não se acolheria a tese do réu executado. Nesse viés, a prescrição teria que ser arguida em preliminar de embargos, após realizada a devida garantia, oportunizando-se ao juiz ouvir o autor quanto à preliminar levantada pelo contribuinte. Exemplo simples e revelador de situação corriqueira nas relações tributárias para elucidar tal risco é o deferimento de *parcelamento* de dívida tributária inadimplida a devedores que estão em mora. Ora, se o contribuinte ingressa no parcelamento, fica suspensa a exigibilidade do crédito, não podendo o fisco executá-lo porquanto perdure a continuidade do parcelamento que estiver sendo cumprido. Logo, em tais casos, não pode continuar correndo a prescrição, que fica afetada, sofrendo o seu prazo a *interrupção*, nos termos do art. 174, parágrafo único, IV, do CTN, c/c o art. 202, VI, do Código Civil. Havendo a confissão de dívida e a assinatura do termo de parcelamento, fica *interrompida* a prescrição, o que faz com que, caso seu prazo volte a correr em momento futuro (na hipótese de o parcelamento ser revogado), seja restabelecida a fluência integral do prazo, ou seja, os cinco anos voltam a correr "do zero". Nesse caso, se o juiz não souber que houve parcelamento da dívida, que se deu a interrupção da prescrição, bem como, específica e detalhadamente, se não souber o momento exato em que "caiu" o parcelamento e se restabeleceu exigibilidade ao crédito, jamais saberá em que momento exato se consumará a prescrição. Daí a crítica inteligente, fundamentada, que merece reflexão, quanto à manutenção do entendimento que admite a alegação de prescrição em sede de exceção de pré-executividade.

Não obstante a crítica, o Superior Tribunal de Justiça já edificou jurisprudência consolidada no sentido de ser possível alegar a prescrição e também a decadência em sede de exceção de pré-executividade. Condiciona a possibilidade de acolher a exceção, entretanto, à prova inconteste produzida pelo alegante. Nesse diapasão, vale conferir alguns precedentes recentes do colendo Tribunal. Por exemplo, no julgamento do **AgRg no Ag 1.156.277/RJ**, julgado no dia 22.09.2009, relatoria do Ministro Herman Benjamin, mais uma vez o STJ legitimou o que aqui se afirma, conforme se comprova na leitura da ementa a seguir transcrita:

> Processual civil e tributário. Execução fiscal. Inconstitucionalidade do art. 13 da Lei 8.620/1993. Exceção de pré-executividade. Arguição. Possibilidade.
>
> 1. Hipótese em que o agravante ofereceu exceção de pré-executividade, arguindo nulidade da CDA, sob o fundamento de que o art. 13 da Lei 8.620/1993 é inconstitucional, e o Tribunal de origem afirmou que a defesa deve ser alegada em embargos à execução fiscal.
>
> **2. O STJ possui entendimento de que as questões de ordem pública, a prescrição e a decadência, assim como a inconstitucionalidade da lei, quando prescindem de dilação probatória, podem ser discutidas na via da exceção de pré-executividade.**
>
> 3. Agravo regimental provido (grifo nosso) (STJ, 2.ª T., AgRg no Ag 1.156.277/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 22.09.2009, *DJe* 30.09.2009).

O mesmo entendimento se revela no julgamento do AgRg no Ag 1.128.845/ RJ, de relatoria da Ministra Denise Arruda e julgado no dia 04.06.2009. Vale a transcrição de parte da ementa do citado *decisum:*

> Agravo regimental no agravo de instrumento. Ofensa ao art. 535 do CPC. Não ocorrência. **Prescrição. Alegação em sede de exceção de pré-executividade. Possibilidade** (grifo nosso) (STJ, 1.ª T., AgRg no Ag 1.128.845/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, j.

04.06.2009, *DJe* 01.07.2009).

Por fim, deixamos referência ao regimental em recurso especial provindo do Tribunal do Rio Grande do Sul e julgado no dia 16.04.2009 pelo Min. Felix Fisher, o **AgRg no Resp 1.097.019/RS**, cuja ementa a seguir transcrevemos:

> Agravos regimentais em recursos especiais. Violação aos arts. 458 e 535 do CPC. Inexistência. **Prescrição. Reconhecimento em sede de exceção de pré-executividade. Possibilidade.** Reexame de provas. Súmula n.º 7/STJ.
>
> I – A omissão no julgado que desafia os declaratórios é aquela referente às questões, de fato ou de direito, trazidas à apreciação do magistrado e não a referente às teses defendidas pelas partes a propósito daquelas questões. Mesmo porque as teses jurídicas podem ser rechaçadas implicitamente pelo julgador.
>
> **II – É possível alegar em sede de exceção de pré-executividade a ocorrência da prescrição dos créditos executados, desde que não haja a necessidade de dilação probatória. Precedentes desta c. Corte.**
>
> (...) (grifo nosso) (STJ, 5.ª T., AgRg no REsp 1097019/RS, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16.04.2009, *DJe* 18.05.2009).

8. TRIBUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL. CABIMENTO DE ALEGAÇÃO EM SEDE DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Outra situação comum que legitima a arguição em sede do incidente processual de defesa em estudo é aquela em que o contribuinte está sendo executado quanto a uma dívida tributária que se pauta em tributação que já foi declarada inconstitucional, não pairando dúvida quanto à ilegitimidade da tributação, em face da nulidade da lei na qual se funda o ato de cobrança.

Em tais hipóteses, a prova é simples, devendo o réu executado excipiente anexar em sua petição as ementas dos julgados e súmulas, se houver, nos quais o STF, ou até mesmo o STJ em reserva de plenário, tenham declarado a inconstitucionalidade da lei tributária que inspirou a tributação objeto da execução. A prova é simples e, quando documentalmente feita, legitimará o juiz a extinguir a execução fiscal da dívida relativa ao tributo inconstitucional sem qualquer necessidade de oferecimento de garantia pelo contribuinte, que dispensado estará de ajuizar a ação embargante.

Exemplos muitos podem ser citados.

Quanto aos tributos dos municípios, imagine-se uma execução municipal por cobrança de ISS feita sobre empresários que atuam como locadores de coisa móvel (ex.: locadoras de veículos); nessas situações, o STF já pacificou entendimento no sentido da não incidência do ISS por entender que não há fato gerador – vide julgamento no Pleno do **RE 116.121/SP** –, declarando serem inconstitucionais as leis que autorizem ISS em tais casos, os quais, frise-se, não traduzem *prestação de serviço*, e sim *locação*, situação distinta e que não é a indicada pela Magna Carta para ser objeto de tributação pelos municípios. Ou, ainda, um município que estivesse executando cobrança de Taxa de Limpeza Pública ou ainda Taxa de Iluminação Pública, tributos já declarados inconstitucionais pelo STF.

Em nível estadual, cogite-se de uma execução fiscal cobrando IPVA sobre proprietários de veículos aéreos ou náuticos, quando o STF já pacificou que a Constituição deve ser interpretada no sentido de só autorizar o imposto em tela sobre veículos terrestres, desde o famoso julgamento do **RE 134.509/AM**. Ou então uma situação de cobrança de ICMS sobre empresários que atuam como

provedores de acesso à internet, tema a respeito do qual o STJ pacificou entendimento no sentido de ser inconstitucional a cobrança do ICMS, visto que não se trataria de serviço de *comunicação*, e sim do chamado serviço de *valor adicionado*, não podendo então incidir o imposto estadual, uma vez que a Constituição não autoriza os Estados a tributar esse tipo de serviço. Tal verdade se consubstanciou no julgamento do **EREsp 456.650/PR** e depois deu ensejo à edição da **Súmula 334**. Em ambas as hipóteses, caso ocorresse ajuizamento de execução fiscal, poderia o contribuinte se defender em sede de exceção de pré-executividade sustentando a consagrada inconstitucionalidade dos atos de tributação ensejadores da demanda executiva.

Por fim, citando tributações federais inconstitucionais, é possível narrar os casos de cobrança de Imposto de Renda sobre indenizações, situação que não possibilita a incidência do imposto federal, e que tanto o STJ como o STF já afirmaram colidir com o texto fundamental pátrio.

Em todas essas situações citadas, é possível utilizar a exceção de pré-executividade, sendo o rol de julgados citados a própria prova do alegado, propiciando ao juiz aceitar que a lei de tributação é nula, o mesmo quanto à dívida suscitada e assim quanto ao título e seu processo executivo.

9. EXECUÇÃO FISCAL CONTRA O SÓCIO. DÍVIDA DA PESSOA JURÍDICA. CASOS EM QUE NÃO CABE A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Situação do dia a dia fazendário nas execuções fiscais por inadimplemento de dívidas tributárias é aquela em que a Procuradoria executa certa pessoa física, sócia de determinada pessoa jurídica devedora e inadimplente, para tentar receber do sócio o valor da dívida objeto da execução, sob pena de buscar atingir seu patrimônio pessoal com a força constritiva do aparelho executivo judicial em movimento. Em muitas dessas situações é abusiva a execução pessoal contra o sócio pessoa física, não se tratando, de fato e de direito, de casos de admissibilidade de tal possibilidade. E, quando assim for, terá o executado que se defender, procurando sustentar tese que justifique a extinção da execução e o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva. A questão é: tal arguição tem que ser feita em preliminar de embargos ou pode ser avocada em adução de exceção de pré-executividade? Como se posiciona o STJ quanto ao tema?

Quanto ao mérito, para caber a execução contra o sócio é preciso provar que se trata de uma das situações legitimadoras de tal prerrogativa em favor do fisco, como a materialização de situações narradas nos arts. 134 ou 135 do CTN, como, por exemplo, o excesso culposo de poder, sendo o sócio o administrador, praticando ato infracional à lei ou ao estatuto, a dissolução irregular societária etc. E o que ocorre é que essa arguição desafia, provavelmente, dilação probatória, perícia, análise fática, contraditório, o que, em um primeiro raciocínio, faz crer que não seria viável a defesa em sede de exceção de pré-executividade. E, em regra, é esse o raciocínio que prevalece. Como regra, o STJ não acolhe a tese de aceitar arguição de ilegitimidade passiva de sócio executado em sede de exceção de pré-executividade, mormente quando seu nome consta no termo de inscrição em dívida ativa ao lado do nome da PJ, devendo o mesmo, portanto, embargar o executivo fiscal e lá

se defender alegando tudo o que for de fato e de direito que repute adequado. O STJ vem aceitando que a CDA que tem o nome do sócio inscrito goza de presunção de liquidez e certeza, cabendo a ele provar que não agiu de modo infracional para assim merecer ser responsabilizado, prova essa que deverá ser feita mediante ajuizamento dos embargos à execução fiscal.

Nessas situações, quando a execução é ajuizada contra o sócio e o título executivo traz seu nome e da pessoa jurídica, provando que foi feita a inscrição de ambos em dívida ativa, o fato leva a crer que houve notificação administrativa a ambos antes de se proceder à inscrição. Nessa linha de compreensão, o STJ afirma que, se há CDA com o nome do sócio é porque ele deve ter sido previamente notificado pela via administrativa, e, se não se defendeu, legitimou a edificação da presunção de liquidez e certeza da CDA (ainda que relativa), oponível a ele. Para se defender, em tais hipóteses, deverá provar que não pode ser executado, tentando desqualificar a presunção da CDA, e tal ônus será exercido em sede de embargos à execução e não pela via excipiente, na qual não se admite dilação probatória, que, de certo, será necessária. O mesmo raciocínio se aplica quando a execução é ajuizada apenas contra a PJ, *mas o nome do sócio constava no termo de inscrição em dívida ativa e na CDA*. A recondução da execução contra o sócio terá presunção de validade, não se considerando um redirecionamento abusivo, pois o nome do novo réu constava no título, o qual, até que se prove o contrário, presumir-se-á válido e lhe será oponível. Assim se posiciona o STJ na edificação de sua maciça jurisprudência, conforme se depreende da leitura de infindos julgamentos, como o **EREsp 702.232/RS**, julgado em 26.09.2005 na 1.ª Seção e com relatoria do Min. Castro Meira, ou então no **REsp 900.371/SP**, também no **REsp 750.581/RJ**, e ainda nos recentes precedentes, **REsp 1.110.925/SP**, relatado pelo Min. Teori Albino Zavascki e julgado no dia 22.04.2009 e **REsp 1.104.900/ES**, relatado pela Min. Denise Arruda e julgado no dia 25.03.2009.

Discussão interessante, porém, se ergue nos casos em que o sócio ***não foi inscrito em dívida ativa***, não tinha seu nome constante no termo de inscrição, não foi notificado, e, no curso da execução, não encontrada a PJ ré executada, a Fazenda pede redirecionamento da execução diretamente contra a pessoa do sócio, diante de quem sequer se deu notificação administrativa e possibilidade de defesa extrajudicial. Nesses casos, indaga-se: se o juiz acolhe o pedido do exequente e redireciona a execução contra o sócio não inscrito no termo de dívida ativa, merece prosseguir o executivo fiscal? Poderia o novo réu se defender pela via excipiente?

Uma primeira análise levaria a crer que o juiz agiu de modo equivocado, pois o título não é oponível ao sócio, não podendo sequer ser emendado em tal sentido, cabendo ao sócio, agora réu executado, alegar em sede de exceção sua ilegitimidade passiva, provando que a inscrição em dívida ativa fora feita apenas em nome da PJ, não constando seu nome no *termo*, não podendo ser oposto a ele o título executivo extrajudicial extraído, que não lhe tem oponibilidade subjetiva. Nessas situações, seria cabível uso de exceção de pré-executividade. Ocorre que, quando esse redirecionamento é feito em razão de ***não ter sido encontrada a PJ***, o STJ vem mantendo entendimento no sentido de que em tais casos há uma ***presunção de dissolução irregular societária***, o que, *a priori*, por si só, seria suficiente para legitimar a presunção de ***ato infracional dos sócios***,

autorizando a execução pessoal de qualquer deles.

Logo, nesses casos em que a PJ não é encontrada, o STJ vem aceitando a tese dos procuradores fazendários de que resta presumido o ilícito societário da dissolução irregular e vem autorizando a recondução imediata da execução contra o sócio, cabendo a ele provar que não houve a referida dissolução indevida e que não praticou atos infracionais ensejadores de sua responsabilização, e, em tais situações, teria que fazer sua defesa por via de embargos, jamais de exceção de pré-executividade. Nesse sentido, vale conferir o julgamento no STJ de três embargos de divergência em recurso especial, quais sejam, o **EREsp 174.532**, relatoria do Min. José Delgado e julgado no ano de 2001, além dos **EREsp 416.712/PR** e o **EREsp 825.437**, reforçando ainda a manutenção do entendimento na leitura do recente julgamento do **AgRg no REsp 1.115.613/MG,** julgado em 25.08.2009, relatado pelo Min. Humberto Martins. Em conclusão, pode-se afirmar que não cabe uso de exceção de pré-executividade nos casos em que sócio é citado após redirecionamento de execução inicialmente ajuizada contra a PJ, a qual não foi encontrada. Terá o novo réu que se defender em sede de embargos, no qual tentará produzir todas as provas devidas com as quais buscará quebrar a presunção de ilícito societário construída pelo simples fato de a PJ não ser encontrada.

10. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Acolhida a exceção de pré-executividade e extinta a execução fiscal, devidos são os honorários advocatícios em favor da parte excipiente, ré executada e vencedora na demanda. Por mais que não se trate de uma ação própria, o fato de ter acolhido a exceção e reconhecida a improcedência da ação executiva, denota a sucumbência da Fazenda ré executora, não podendo ela escapar da condenação aos honorários advocatícios, em favor do advogado do contribuinte réu executado excipiente. A tese resta pacificada na jurisprudência do STJ, como se comprova na leitura do **AgRg no REsp 1.108.464/RS**, ou no **EDcl no AgRg no REsp 776.937/PR**, ou então nos recentes precedentes **REsp 1.028.066/PB**, julgado em 25.08.2009, relatoria da Min. Eliana Calmon, bem como o **AgRg no Ag 1.040.380/RJ**, relatado pelo Min. Mauro Campbell Marques, julgamento no dia 20.08.2009.

Sempre oportuno frisar que, apesar de a exceção de pré-executividade ser mero incidente processual, a defesa do réu executado por essa via não exclui o caráter contencioso da demanda, não elide o caráter contraditório do feito, e, havendo sua acolhida para invalidar a execução, evidentemente que, em face do princípio da sucumbência, deverá o excepto credor exequente suportar o ônus de remunerar em verbas honorárias o advogado do réu da execução, ora excipiente.

11. MODELOS DE PETIÇÃO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

11.1. Modelo genérico de petição

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ___ Vara (competente para a execução fiscal) da Comarca _______

Execução Fiscal n.º _____________

Fulano de Tal, já qualificado como réu no processo executivo ora atacado, vem, por meio de seu advogado, procuração com qualificação e endereço anexa, respeitosamente perante V. Exa., nos termos do art. 5.º, XXXV e LV, da CRFB/1988, art. 3.º, parágrafo único, da Lei 6.830/1980 c/c o art. 204, parágrafo único, do CTN, e ainda arts. 580, 586 e 618, I, do CPC, aduzir a presente

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Em face da Fazenda exequente, pleiteando a extinção da execução fiscal em epígrafe, em face dos fatos e fundamentos de ordem pública a seguir alegados e documentalmente comprovados.

I – DO CABIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

II – DAS PROVAS DOCUMENTAIS ANEXAS

III – DO DIREITO AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

IV – DOS FATOS

V – DO DIREITO

VI – DO PEDIDO

Nestes termos,

Pede Deferimento

____________________, ________

Advogado OAB N.º

____________________, ________

Local Data

11.2. Modelos específicos de petição

Regra geral. Nulidade da CDA por qualquer das razões que assegurem ser indevida a cobrança e a respectiva execução, salvo os casos de prescrição e decadência, para os quais utilizar-se-á o *modelo 2*, a seguir elaborado.

Nesses casos gerais, o fisco exequente que está cobrando dívida indevida é *carecedor de ação*, por não ter interesse jurídico na demanda, o que conduz ao pedido de extinção do processo ***sem julgamento de mérito*** nos termos do ***art. 267, VI, do CPC***;

Exmo. Sr. Dr. JUIZ DE DIREITO DA ___ VARA (competente para a execução Fiscal) DA COMARCA _________

Execução fiscal n.º ___________

Caio Tício, já qualificado na execução fiscal em referência, vem, por meio de seu advogado, procuração, qualificação e endereço anexos, respeitosamente a presença de V. Exa., nos termos do art. 5.º, XXXV e LV, da CRFB/1988, bem como do art. 204, parágrafo único, do CTN c/c o art. 3.,º, parágrafo único da Lei 6.830/1980, também dos arts. 267, 580, 586 e 618 do CPC, e, por derradeiro, com fulcro no entendimento pretoriano edificado na recente Súmula 393 do STJ, aduzir a presente

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

em face da Fazenda *Exequente*, devidamente qualificada nos autos do processo de execução, considerando os fatos e fundamentos a seguir alegados e documentalmente comprovados de plano no presente incidente processual de defesa.

I – DOS FATOS

O *Exequente* ajuizou ação de execução fiscal em face do *Executado,* referente à cobrança de crédito tributário relativo ao tributo _________, com base nas circunstâncias _________________, o que não merece prosperar, em face da fundamentação a seguir exposta, acompanhada de documentação anexa comprovando de forma inequívoca o alegado, razão pela qual se faz valer o réu executado, ora excipiente, do presente incidente processual de defesa, para requerer, nos termos do art. 267 do CPC, a extinção imediata da execução, a qual não merece lograr continuidade.

II – DO CABIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Obs. 1: citar que a exceção de pré-executividade, recebida e desenvolvida no Brasil pelas mãos de ***Pontes de Miranda***, desde o famoso precedente do ***Parecer Manesmann* em 1966**, ganhou acolhida na advocacia pátria e encontrou aceitação nos Tribunais, máxime entendimento sumulado no STJ, estampado no ***verbete 393***, tendo uso frequente nas relações tributárias; nesse momento, lembrar de ***citar passagem doutrinária***, retirada de qualquer dos livros de processo tributário no capítulo que fala da exceção de pré-executividade, quando o doutrinador defenda o seu uso;

Obs. 2: citar que a matéria suscitada é passível de ***conhecimento de ofício***, ***não necessitando de qualquer dilação probatória***, o que se coaduna com a atual compreensão dos limites autorizativos do uso da defesa em tela e se modula ao entendimento hoje aplicável no STJ para admitir o uso da exceção de pré-executividade (Súmula 393).

III – DAS PROVAS DO ALEGADO

Segue anexa a documentação comprobatória de todo o alegado, assegurando de modo inabalável a certeza da tese suscitada, propiciando-se o recebimento da exceção e a extinção da execução.

IV – DO DIREITO

Obs. 1: fundamentar a tese;

Obs. 2: sempre procurar citar jurisprudência; tentar citar julgados quanto à questão de mérito e, SEMPRE, citar julgados do STJ quanto ao cabimento da Exceção de Pré-Executividade, repetindo a citação da Súmula 393;

Obs. 3: citar doutrina.

V – DO DIREITO À CONDENAÇÃO DA EXEQUENTE EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Não obstante se caracterize como *incidente processual*, a exceção de pré-executividade revela natureza contenciosa, e, sendo acolhida para que se extinga a execução, deve ser condenada a exequente ao pagamento dos honorários advocatícios, vide jurisprudência cristalizada no STJ, especialmente após julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial (EREsp) 1.048.043/SP.

VI – DO PEDIDO

Diante do exposto, requer:

a) se declare a inexistência da dívida tributária objeto da execução, em face dos fatos e fundamentos antes expostos, reconhecendo a nulidade do título executivo e ordenando o cancelamento imediato da inscrição do executado no cadastro da dívida ativa;

b) a extinção da execução fiscal por falta de *condição da ação*, nos termos do art. 267 do CPC;

c) a condenação do *exequente* ao pagamento das verbas sucumbenciais e honorários advocatícios.

Nestes Termos,

Pede deferimento.

________________, ________

Advogado OAB

_____________, _____ de __________ de ______

Local Data

Quando o fundamento da *exceção de pré-executividade* pelo contribuinte réu executado, ora excipiente, é a consumação da decadência ou da prescrição, pede-se a extinção da execução ***com julgamento de mérito***, nos termos do ***art. 269, IV, do CPC***.

Além do mais, no momento de fundamentar a apresentação da exceção de pré-executividade, deve-se fazer referência ao art. 173 do CTN (ou art. 150, § 4.º) quando for caso de decadência, bem como, se for caso de prescrição, deve ser citado o art. 174 do CTN (ou, se for o caso de prescrição intercorrente, o art. 40, § 4.º, da LEF).

CASOS DE PRESCRIÇÃO

Exmo. Sr. Dr. JUIZ DE DIREITO DA ___ VARA (competente para a Execução Fiscal) DA COMARCA _________

Execução fiscal n.º ___________

Caio Tício, já qualificado na execução fiscal em referência, vem, por meio de seu advogado, procuração, qualificação e endereço anexos, respeitosamente à presença de V. Exa., nos termos do art. 5.º XXXV e LV, da CRFB/1988, bem como dos arts. 156, V, c/c o art. 174 do CTN, art. 204, parágrafo único, do CTN c/c o art. 3.º, parágrafo único, da Lei 6.830/1980, também dos arts. 269, IV, 580, 586 e 618 do CPC, e, por derradeiro, com fulcro no entendimento pretoriano edificado na recente Súmula 393 do STJ, aduzir a presente

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

em face da Fazenda *Exequente*, devidamente qualificada nos autos do processo de execução, considerando os fatos e fundamentos a seguir alegados e documentalmente comprovados de plano no presente incidente processual de defesa.

I – DOS FATOS

O *Exequente* ajuizou ação de execução fiscal em face do *Executado,* referente à cobrança de crédito tributário ***já prescrito***,

relativo ao tributo ________, com base nas circunstâncias ________________, o que não merece prosperar, em face da fundamentação a seguir exposta, acompanhada de documentação anexa comprovando de forma inequívoca o alegado, razão pela qual se faz valer o réu executado, ora excipiente, do presente incidente processual de defesa, para requerer, nos termos do art. 269, IV, do CPC, a extinção imediata da execução, com resolução de mérito, a qual não merece lograr continuidade.

II – DO CABIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Obs. 1: citar que a exceção de pré-executividade, recebida e desenvolvida no Brasil pelas mãos de ***Pontes de Miranda***, desde o famoso precedente do ***Parecer Manesmann*** **em 1966**, ganhou acolhida na advocacia pátria e encontrou aceitação nos Tribunais, máxime entendimento recentemente sumulado no STJ, estampado no ***verbete 393***, tendo uso frequente nas relações tributárias; nesse momento, lembrar de ***citar passagem doutrinária***, retirada de qualquer dos livros de processo tributário no capítulo que fala da exceção de pré-executividade, quando o doutrinador defenda o seu uso;

Obs. 2: citar que a matéria suscitada é passível de ***conhecimento de ofício***, ***não necessitando qualquer dilação probatória***, o que se antena com a atual compreensão dos limites autorizativos do uso da defesa em tela e se modula ao entendimento hoje aplicável no STJ para admitir uso da exceção de pré-executividade (Súmula 393).

III – DAS PROVAS DO ALEGADO

Segue anexa a documentação comprobatória de todo o alegado, assegurando de modo inabalável a certeza da tese suscitada, demonstrando-se claramente que o prazo prescricional de cinco anos se consumou sem que tivesse ocorrido sua interrupção, legitimando-se o reconhecimento da extinção do crédito tributário ora executado e propiciando a extinção da execução fiscal ora atacada.

IV – DO DIREITO

Obs. 1: fundamentar a tese; demonstrar objetivamente que se consumou a prescrição, apontando que se passaram mais do que cinco anos a contar da constituição definitiva do crédito e não ocorreu o despacho citatório dentro desse lapso temporal;

Obs. 2: sempre procurar citar jurisprudência; tentar citar julgados quanto à questão de mérito e, SEMPRE, citar julgados do STJ quanto ao cabimento da Exceção de Pré-Executividade, repetindo a citação da Súmula 393;

Obs. 3: citar doutrina.

V – DO DIREITO À CONDENAÇÃO DA EXEQUENTE EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Não obstante se caracterize como *incidente processual*, a exceção de pré-executividade revela natureza contenciosa, e, sendo acolhida para que se extinga a execução, deve ser condenada a exequente ao pagamento dos honorários advocatícios, vide jurisprudência cristalizada no STJ, especialmente após julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial (EREsp) 1.048.043/SP.

VI – DO PEDIDO

Diante do exposto, requer:

a) se declare a inexistência da dívida tributária objeto da execução, em face dos fatos e fundamentos antes expostos, reconhecendo-se a nulidade do título executivo e ordenando o cancelamento imediato da inscrição do executado no cadastro da dívida ativa, em razão da consumação da prescrição;

b) a extinção da execução fiscal, com resolução de mérito, em face da consumação da prescrição e da consequente extinção do crédito tributário, nos termos do art. 269, IV, do CPC;

c) a condenação do *Exequente* ao pagamento das verbas sucumbenciais e honorários advocatícios.

Nestes Termos,

Pede deferimento.

________________, ________

Advogado OAB

____________, _____ de ___________ de ______

Local Data

CASOS DE DECADÊNCIA (ART. 173, I, DO CTN)

Exmo. Sr. Dr. JUIZ DE DIREITO DA ___ VARA (competente para a Execução Fiscal) DA COMARCA _________

Execução fiscal n.º ___________

Caio Tício, já qualificado na execução fiscal em referência, vem, por meio de seu advogado, procuração, qualificação e endereço anexos, respeitosamente à presença de V. Exa., nos termos do art. 5.º, XXXV e LV, da CRFB/1988, bem como dos arts. 156, V, c/c o art. 173, I, do CTN, art. 204, parágrafo único, do CTN c/c o art. 3.º, parágrafo único, da Lei 6.830/1980, também dos arts. 269, IV, 580, 586 e 618 do CPC, e, por derradeiro, com fulcro no entendimento pretoriano edificado na recente Súmula 393 do STJ, aduzir a presente

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

em face da Fazenda *Exequente*, devidamente qualificada nos autos do processo de execução, considerando os fatos e fundamentos a seguir alegados e documentalmente comprovados de plano no presente incidente processual de defesa.

I – DOS FATOS

O *Exequente* ajuizou ação de execução fiscal em face do *Executado,* referente à cobrança de crédito tributário ***já alvejado legalmente pela DECADÊNCIA***, relativo ao tributo _________, com base nas circunstâncias _________________, o que não merece prosperar, em face da fundamentação a seguir exposta, acompanhada de documentação anexa comprovando de forma inequívoca o alegado, razão pela qual se faz valer o réu executado, ora excipiente, do presente incidente processual de defesa, para requerer, nos termos do art. 269, IV, do CPC, a extinção imediata da execução, com resolução de mérito, a qual não merece lograr continuidade.

II – DO CABIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Obs. 1: citar que a exceção de pré-executividade, recebida e desenvolvida no Brasil pelas mãos de ***Pontes de Miranda***, desde o famoso precedente do ***Parecer Manesmann* em 1966**, ganhou acolhida na advocacia pátria e encontrou aceitação nos Tribunais, máxime entendimento recentemente sumulado no STJ, estampado no ***verbete 393***, tendo uso frequente nas relações tributárias; nesse momento, lembrar de ***citar passagem doutrinária***, retirada de qualquer dos livros de processo tributário no capítulo que fala da exceção de pré-executividade, quando o doutrinador defenda o seu uso;

Obs. 2: citar que a matéria suscitada é passível de ***conhecimento de ofício***, ***não necessitando de qualquer dilação probatória***, o que se antena com a atual compreensão dos limites autorizativos do uso da defesa em tela e se modula ao entendimento hoje aplicável no STJ para admitir uso da exceção de pré-executividade (Súmula 393).

III – DAS PROVAS DO ALEGADO

Segue anexa a documentação comprobatória de todo o alegado, assegurando de modo inabalável a certeza da tese suscitada, demonstrando-se claramente que o prazo decadencial de cinco anos se consumou sem que tivesse ocorrido o procedimento de lançamento dentro do lapso temporal legalmente tolerado, legitimando-se o reconhecimento do falecimento do crédito tributário objeto da execução e propiciando a extinção do executivo fiscal ora atacado.

IV – DO DIREITO

Obs. 1: fundamentar a tese; demonstrar objetivamente que se consumou a decadência, apontando que se passaram mais do que cinco anos, contados nos termos do art. 173, I, e não ocorreu o lançamento dentro desse lapso temporal;

Obs. 2: sempre procurar citar jurisprudência; tentar citar julgados quanto à questão de mérito e, SEMPRE, citar julgados do STJ quanto ao cabimento da Exceção de Pré-Executividade, repetindo a citação da Súmula 393;

Obs. 3: citar doutrina.

V – DO DIREITO À CONDENAÇÃO DA EXEQUENTE EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Não obstante se caracterize como *incidente processual*, a exceção de pré-executividade revela natureza contenciosa, e, sendo acolhida para que se extinga a execução, deve ser condenada a exequente ao pagamento dos honorários advocatícios, vide jurisprudência cristalizada no STJ, especialmente após julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial (EREsp) 1.048.043/SP.

VI – DO PEDIDO

Diante do exposto, requer:

a) se declare a inexistência da dívida tributária objeto da execução, em face dos fatos e fundamentos antes expostos, reconhecendo-se a nulidade do título executivo e ordenando o cancelamento imediato da inscrição do executado no cadastro da dívida ativa, em razão da consumação da decadência;

b) a extinção da execução fiscal, com resolução de mérito, em face da consumação da decadência e da consequente extinção do crédito tributário, nos termos do art. 269, IV, do CPC;

c) a condenação do *Exequente* ao pagamento das verbas sucumbenciais e honorários advocatícios.

Nestes Termos,

Pede deferimento.

________________, _______

Advogado OAB

__________, ____ de _____________ de ______

Local Data

CASOS DE DECADÊNCIA (ART. 150, § 4.º, DO CTN).
TRIBUTO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO (JUSTIÇA FEDERAL)

Exmo. Sr. Dr. JUIZ FEDERAL DA ___ VARA (competente para a Execução Fiscal) DA SEÇÃO JUDICIÁRIA _________

Execução fiscal n.º __________

Caio Tício, já qualificado na execução fiscal em referência, vem, por meio de seu advogado, procuração, qualificação e endereço anexos, respeitosamente à presença de V. Exa., nos termos do art. 5.º, XXXV e LV, da CRFB/1988, bem como dos arts. 156, V, c/c o art. 150, § 4.º, do CTN, art. 204, parágrafo único, do CTN c/c o art. 3.º, parágrafo único, da Lei 6.830/1980, também dos arts. 269, IV, 580, 586 e 618 do CPC, e, por derradeiro, com fulcro no entendimento pretoriano edificado na recente Súmula 393 do STJ, aduzir a presente

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

em face da Fazenda *Exequente*, devidamente qualificada nos autos do processo de execução, considerando os fatos e fundamentos a seguir alegados e documentalmente comprovados de plano no presente incidente processual de defesa.

I – DOS FATOS

O *Exequente* ajuizou ação de execução fiscal em face do *Executado,* referente à cobrança de crédito tributário ***já alvejado legalmente pela DECADÊNCIA***, relativo ao tributo _________, com base nas circunstâncias _________________, o que não merece prosperar, em face da fundamentação a seguir exposta, acompanhada de documentação anexa comprovando de forma inequívoca o alegado, razão pela qual se faz valer o réu executado, ora excipiente, do presente incidente processual de defesa, para requerer, nos termos do art. 269, IV, do CPC, a extinção imediata da execução, com resolução de mérito, a qual não merece lograr continuidade.

II – DO CABIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Obs. 1: citar que a exceção de pré-executividade, recebida e desenvolvida no Brasil pelas mãos de ***Pontes de Miranda***, desde o famoso precedente do ***Parecer Manesmann* em 1966**, ganhou acolhida na advocacia pátria e encontrou aceitação nos Tribunais, máxime entendimento recentemente sumulado no STJ, estampado no ***verbete 393***, tendo uso frequente nas relações tributárias; nesse momento, lembrar de ***citar passagem doutrinária***, retirada de qualquer dos livros de processo tributário no capítulo que fala da exceção de pré-executividade, quando o doutrinador defenda seu uso;

Obs. 2: citar que a matéria suscitada é passível de ***conhecimento de ofício***, ***não necessitando de qualquer dilação probatória***, o que se antena com a atual compreensão dos limites autorizativos do uso da defesa em tela e se modula ao entendimento hoje aplicável no STJ para admitir uso da exceção de pré-executividade (Súmula 393).

III – DAS PROVAS DO ALEGADO

Segue anexa a documentação comprobatória de todo o alegado, assegurando de modo inabalável a certeza da tese suscitada, demonstrando-se claramente que o prazo decadencial de cinco anos se consumou sem que tivesse ocorrido o procedimento de lançamento dentro do lapso temporal legalmente tolerado, legitimando-se o reconhecimento do falecimento do crédito tributário objeto da execução e propiciando a extinção do executivo fiscal ora atacado.

IV – DO DIREITO

Obs. 1: fundamentar a tese; demonstrar objetivamente que se consumou a decadência, apontando que se passaram mais do que cinco anos, contados nos termos do art. 150, § 4.º, e não ocorreu o lançamento dentro desse lapso temporal;

Obs. 2: sempre procurar citar jurisprudência; tentar citar julgados quanto à questão de mérito e, SEMPRE, citar julgados do STJ quanto ao cabimento da Exceção de Pré-Executividade, repetindo a citação da Súmula 393;

Obs. 3: citar doutrina.

V – DO DIREITO À CONDENAÇÃO DA EXEQUENTE EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Não obstante se caracterize como *incidente processual*, a exceção de pré-executividade revela natureza contenciosa, e, sendo acolhida para que se extinga a execução, deve ser condenada a exequente ao pagamento dos honorários advocatícios, vide jurisprudência cristalizada no STJ, especialmente após julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial (EREsp) 1.048.043/SP.

VI – DO PEDIDO

Diante do exposto, requer:

a) se declare a inexistência da dívida tributária objeto da execução, em face dos fatos e fundamentos antes expostos, reconhecendose a nulidade do título executivo e ordenando o cancelamento imediato da inscrição do executado no cadastro da dívida ativa, em razão da consumação da decadência;

b) a extinção da execução fiscal, com resolução de mérito, em face da consumação da decadência e da consequente extinção do crédito tributário, nos termos do art. 269, IV, do CPC;

c) a condenação do *Exequente* ao pagamento das verbas sucumbenciais e honorários advocatícios.

Nestes Termos,

Pede deferimento.

________________, ________

Advogado OAB

____________, ____ de ___________ de ______

Local Data

CAPÍTULO IV
RECURSOS NA EXECUÇÃO FISCAL

1. RECURSOS NA EXECUÇÃO FISCAL. NOÇÕES INICIAIS FUNDAMENTAIS

Quando já ajuizada uma ação de execução fiscal pela Fazenda Pública em face de seu devedor, é possível que, no curso do processo, seja necessária a interposição de peças recursais, diante de algumas decisões proferidas pelas autoridades julgadoras, almejando-se a reversão do conteúdo (ou da forma) de certo julgamento proclamado na ação, objetivando-se um provimento jurisdicional mais útil e mais favorável, e, normalmente, impedindo-se o trânsito em julgado da demanda com um resultado que realmente não seja favorável àquele que pretende recorrer. Logo, assim como em todas as ações e em praticamente todos os tipos de processo, é, no mínimo, potencialmente cabível a interposição de recursos, incidentes processuais impugnativos que propiciam ao legitimado questionar a decisão prolatada que entende ser incorreta e tentar uma melhor sorte na obtenção da tutela jurisdicional pretendida.

Diante dessas decisões contra as quais se pretenda revelar a irresignação, insurgindo-se, os legitimados podem, a depender do cumprimento de certos requisitos, interpor recursos, exatamente para questionar e tentar reverter a seu favor tais decisões, atacando o *decisum* prolatado pela autoridade julgadora, quando entenda ser indevido e que lhe gere prejuízo.

Como se perceberá nas linhas que se seguirão, é possível, em sede de execução fiscal, que o advogado do executado, assim como também o próprio Procurador que atua pelo exequente, e, até mesmo o Ministério Público em certas circunstâncias, possam questionar atos judiciais decisórios proferidos pelo juiz de primeira instância, bem como também decisões exaradas pelos Desembargadores ou Ministros nos Tribunais, nas instâncias acima da monocrática. Nesse contexto, importante que o advogado saiba qual o recurso adequado a ser interposto em cada situação, bem como conheça, além das condições gerais de admissibilidade, as regras específicas imputáveis a cada peça recursal, como prazos, existência ou não de efeito suspensivo, necessidade ou não do preparo, entre outras. Do contrário, pode prejudicar o interesse da parte que representa, exatamente por não ter aprendido as regras de adequação e cabimento recursal, bem como os trâmites específicos de cada recurso.

Nos próximos itens dessa singela escrita, apresentaremos os casos mais comuns, na militância prática, de interposição de recursos durante o trâmite da ação de execução fiscal. Veremos que na primeira instância é possível que seja necessária a interposição de até cinco diferentes recursos, quais sejam, o Agravo de Instrumento, a Apelação, os Embargos Infringentes de Alçada (recurso típico das execuções fiscais e apenas para as de pequeno valor), o Recurso Ordinário Constitucional (Execuções Fiscais municipais em face de Organismos Internacionais ou Estado Estrangeiro) e até mesmo os Embargos Declaratórios (aqui, estamos seguindo orientação doutrinária no sentido de ser incabível o agravo retido no bojo dos processos executivos). Já na segunda instância, seja no TJ ou

no TRF (Justiça Estadual e Federal, respectivamente), é possível que se precise interpor um de cinco recursos, quais sejam, o Agravo Interno para o próprio Tribunal, os Embargos Infringentes "de desempate" também no próprio Tribunal, o Recurso Especial para o STJ, o Recurso Extraordinário para o STF, e, por fim, os Embargos Declaratórios, cabíveis em qualquer instância, quando o julgado seja omisso, obscuro ou contraditório. Na instância "superior", é possível que no STJ se precise interpor um de quatro recursos cabíveis, quais sejam, o Agravo Interno para o próprio Tribunal, os Embargos de Divergência em Recurso Especial, também para o próprio Tribunal, os Embargos Declaratórios igualmente para o próprio STJ e, ainda, o Recurso Extraordinário para o STF. Por fim, na Suprema Corte, que termina atuando na prática como quarta instância, é possível que seja necessária a interposição de três diferentes tipos de recursos, quais sejam, o Agravo Interno, os Embargos de Divergência em Recurso Extraordinário e os Embargos Declaratórios. Constate-se, que por se tratar da última e derradeira "instância", os recursos interpostos diante de decisões proferidas pelo STF são recebidos e julgados no próprio STF, havendo variação apenas na distribuição das competências entre os órgãos internos do Tribunal (Presidente, Turma, Seção Plenária).

Como de notório saber, nem todas as ações propiciam que seus processos cheguem até os Tribunais de "superposição", naquelas que vêm sendo apelidadas de "instância" superior e suprema, pois são muitas as limitações para que caiba a materialização de tal possibilidade. Realmente a interposição de recursos para o STJ e STF é algo que se revela cabível em uma minoria de situações fáticas (vide as densas limitações restritivas de cabimento, a maioria delas decorrentes da própria Constituição). Nesse viés, não raro as ações, especialmente as de execução, e mais ainda as de execução fiscal, se esgotam no trâmite da "justiça local" (primeira e segunda instâncias – Juízes de Direito e TJ na estadual e Juízes Federais e TRFs na federal), alcançado o trânsito em julgado da sentença sem que tenham sido provocados o STJ e o STF a atuar nos feitos, ainda que, desde que superados os limites citados, caibam levar o feito ao STJ ou STJ por meio dos recursos.

Força dessa realidade acima evidenciada, a mais comum advocacia recursal em sede de execução fiscal é aquela que se faz na própria vara onde a ação de execução é ajuizada, bem como no Tribunal a que essa vara se vincula. E, nesse compasso, os recursos mais usualmente utilizados são o Agravo de Instrumento diante de algumas decisões interlocutórias proferidas pelos Juízes da primeira instância, bem como as Apelações ou Embargos Infringentes de Alçada, ambos diante das sentenças prolatadas pelos mesmos Juízes, sendo os últimos cabíveis diante de sentenças proferidas em processos que tiveram causas de pequeno valor (até 50 ORTNs – art. 34 da Lei 6.830/1980) e os apelos interponíveis em face de sentenças exaradas em ações em que o valor da causa era superior a 50 ORTNs. Esses são, de fato, os três mais comuns recursos manuseáveis no bojo das Ações de Execução Fiscal, não obstante sejam cabíveis todos os outros acima ventilados, quando realmente se tem uma situação de adequação para sua interposição.

Nos próximos tópicos passamos a abordar a adequação recursal em cada uma das instâncias em que possa estar tramitando a ação de execução fiscal.

2. RECURSOS DE DECISÕES PROLATADAS NA PRIMEIRA INSTÂNCIA

2.1. Noções iniciais

Quando a ação de execução fiscal é ajuizada na justiça estadual, a depender de qual seja a estruturação da organização judiciária da comarca onde se ajuíza o feito, a ação possivelmente tramitará em uma vara especializada (com competência especial para receber as causas que envolvem os executivos fiscais), salvo tratando-se de comarca de vara única. Existindo na comarca mais de uma vara (logo, cada um delas especializada em razão da matéria), é comum que haja uma vara de que tenha competência para processamento e julgamento das ações fazendárias, e, a depender do tamanho e da estrutura organizacional da comarca, é possível que tenhamos varas competentes exclusivamente para as execuções fiscais. O Juiz que atua nessa vara onde tramita o feito executivo é que terá a responsabilidade de ser o primeiro órgão julgador a apreciar o feito e conduzir o processo até a sentença final, encerrando o módulo executivo na primeira instância. Na justiça federal, idem, sendo que, em vez de se falar em "comarcas", referimo-nos apenas à sede da seção judiciária na capital do Estado (ou DF) e nas subseções judiciárias que abrangem os municípios de interior do Estado. Nessas varas federais, sejam as da capital (sede da Seção Judiciária estadual) ou nas subseções judiciárias no interior do Estado, pode ser que haja uma vara especializada para as execuções fiscais federais. Se tiver, nela tramitará a ação executiva ajuizada pela União. Inexistindo uma vara especializada exclusivamente para execuções fiscais, o feito tramitará em outra vara federal, a qual, certamente, cumulará a competência para apreciar os feitos executivos com outros.

O juiz que atue nessa vara onde tramita a execução fiscal, seja na justiça estadual ou na federal, desde o recebimento dos autos, pode praticar diversos atos decisórios, que ora se qualificarão como decisões interlocutórias, ora será a própria sentença. Diante desses atos decisórios, possível a interposição de recursos por parte daquele a quem a decisão não favoreça, seja o próprio exequente, seja o executado. E esses serão os recursos interponíveis na primeira instância, os recursos com os quais se questionam os atos decisórios desses Juízes que atuam singularmente na vara competente para a execução fiscal.

Além de tais atos decisórios, o juiz também profere, dando andamento ao processo, despachos de mero expediente, contra os quais, como regra, não cabe interposição de recurso, vide exegese do art. 504 do CPC, relativizado pelo STJ apenas em situações realmente excepcionais, nas quais, quando o despacho gera prejuízo contundente à parte, a corte vem avaliando, caso a caso, a possibilidade de caber agravo de instrumento, manuseando o ato com certo malabarismo hermenêutico e equiparando-o a uma decisão interlocutória. Afirmo, todavia, que não é comum cabimento de recurso contra mero despacho (vide vedação do próprio CPC no citado art. 504). Nesse sentido, de fato, os recursos mais comumente usados são os Agravos de Instrumento em face de decisões interlocutórias e da Apelação ou Embargos Infringentes de Alçada diante da sentença. Frise-se, ainda, que, seja diante de decisões interlocutórias, seja de sentenças, cabíveis ainda os embargos declaratórios, caso o julgado seja obscuro, contraditório ou omisso.

Passemos, nos tópicos que se seguem, a avaliar com maior precisão cada uma dessas situações que

desafiam a interposição de peças recursais na primeira instância.

2.2. Recursos das decisões interlocutórias: agravos. O agravo de instrumento. Da inadequação do agravo retido nas execuções

Das decisões interlocutórias proferidas pelos juízes das execuções fiscais, torna-se cabível a interposição do recurso de Agravo de Instrumento para o Tribunal de Justiça ou o TRF, sendo a execução corrente na Justiça Estadual ou Federal, respectivamente. É o que ocorre quando, por exemplo, se pretende questionar uma decisão que impossibilita a produção de provas, ou que determina a readequação do valor da causa, ou que indefere de plano a interposição de Exceção de Pré-executividade, ou, ainda, que não atribui efeito suspensivo aos Embargos à Execução Fiscal etc.

A interposição do Agravo deve ser feita diretamente no Tribunal de Justiça, ensejando a formação de novos autos, ou do *Instrumento*. Cabe ao agravante agir de acordo com todas as exigências previstas no CPC, arts. 522, 524 e seguintes.

Deve o agravante observar que o prazo é de dez dias, sendo a tempestividade requisito extrínseco de admissibilidade recursal, e, havendo perda do prazo, que é fatal, não haverá possibilidade de impugnação do *decisum interlocutório*.

Frise-se, também, que diferente do que ocorre no caso de Agravo "Retido" (impróprio para processos de execução), *há que se realizar o preparo*, sem o qual o Agravo não será admitido no Tribunal, ficando prejudicada sua apreciação.

O agravante deve, também, cumprir todos os requisitos atinentes à *Regularidade Formal* do recurso, previstos no art. 524 e complementados no art. 525, o qual acusa as formalidades a serem observadas na instrução da peça recorrente.

Todas as peças obrigatórias devem constar anexas no instrumento formado para ser entregue no Tribunal, e a falta de qualquer delas pode desafiar a inadmissibilidade do Agravo. As peças facultativas, quando essenciais ao julgamento, também deve ser anexadas.

Fundamental também não descuidar do dever de cumprir a regra do art. 526, nos três dias ali fixados, informando o Juízo *a quo* da interposição do Agravo no Juízo *ad quem*, até mesmo para viabilizar o exercício da retratação e assim tornar obsoleta a necessidade de julgamento do Agravo no Tribunal, o que ficará prejudicado.

2.3. Recursos das sentenças: apelação ou embargos infringentes de alçada. O caso excepcional de o recurso cabível ser o Recurso Ordinário Constitucional ("ROC")

Como se constatará nos tópicos a seguir, três situações são possíveis no que dizem respeito à identificação do recurso adequado para impugnar sentenças proferidas quando do julgamento das ações de Execução Fiscal e de Embargos à Execução, pelo que, como se verá, **três recursos diferentes entre si podem ser cabíveis, cada um em um perfil de situação**. No caso, trata-se dos recursos de **Apelação**, de **Embargos Infringentes de Alçada** e, ainda, do **Recurso Ordinário Constitucional**.

Importante registrar, desde logo, duas informações preliminares: a primeira delas no sentido de que, **quando couber um dos três recursos, inadmissíveis ficam os outros dois**, de sorte que **eles jamais caberão concomitantemente**, prestigiando-se o princípio da unirrecorribilidade, imputando a singularidade recursal, evidenciando a exclusividade da adequação. Dessa forma, quando couber o recurso de Apelação, apenas esse recurso será cabível, não havendo qualquer possibilidade de cabimento dos outros dois, aplicando-se o mesmo raciocínio em relação aos demais. A segunda informação crucial, todavia, vem no sentido de rememorar que essa regra **não atinge os Embargos Declaratórios**, que por se traduzirem em um recurso de pretensão distinta (apenas se busca obter um esclarecimento sobre uma contradição ou obscuridade, ou, então, uma integração de eventual parte omissa na decisão), já que tal espécie recursal é de cabimento concorrente com as demais, pelo que, se a pretensão recursal for apenas a de pedir o esclarecimento ou a integração, o recurso adequado será o de Embargos de Declaração, ficando apenas interrompido o prazo para a interposição do outro recurso cabível (ou a Apelação, ou os Embargos Infringentes de Alçada ou o Recurso Ordinário Constitucional), e, depois de julgado o "Aclaratório", poder-se-á interpor o recurso adequado para pleitear a reforma (ou anulação se for o caso) da sentença.

Nas linhas a seguir explicaremos a diferença entre o cabimento de cada um dos três recursos mencionados e que realmente são os meios processuais adequados para questionar sentenças em sede de Execução Fiscal, e, como se perceberá, ao longo das explicações formuladas, o Recurso Ordinário Constitucional só é cabível em uma hipótese (Execuções Fiscais ajuizadas por Municípios em face de Organismos Internacionais ou Estados Estrangeiros na Justiça Federal – regra especial de competência da Justiça Federal emanada do art. 109, II, CRFB/1988), e em todas as demais situações a peça recursal impugnativa da sentença será ou a Apelação ou o Recurso de Embargos Infringentes de Alçada, registrando-se que o que determinará o cabimento de um recurso ou do outro será o valor da causa, apurado ao tempo do ajuizamento.

Analisemos, portanto, nos tópicos a seguir, as regras de adequação recursal ora em comento.

2.3.1. Noções iniciais fundamentais. Cinco possíveis recursos em face da sentença

Quando qualquer das partes se depara com uma sentença que não lhe é favorável e almeja impugná-la, é preciso conhecer o sistema normativo que rege a adequação recursal para que se possa materializar a insurgência de modo correto.

O primeiro passo é perceber o quão é traiçoeira a regra prevista no art. 513 do CPC, o qual afirma que "de sentença caberá apelação". Não que o legislador processual geral esteja errado, evidentemente que não, pois, de fato, a apelação é um recurso cabível unicamente em face de sentença. Todavia, a recíproca não pode ser tomada como absolutamente verdadeira, já que **nem sempre da sentença caberá apelação**. Noutras palavras, é dizer que prolatada uma sentença, o recurso adequado para questioná-la pode **ou não** ser uma apelação, sendo essa a verdade jurídica que precisa ser dominada. A depender do caso concreto, por força das regras estampadas no próprio sistema normativo legal processual, o recurso cabível realmente será o recurso de Apelação, mas, a depender da situação, pode ser uma outra modalidade recursal. E no âmbito das **execuções fiscais,**

certo constatar que o conjunto de regras positivadas na ordem posta indica a possibilidade de cabimento tanto da Apelação como de outros quatro tipos autônomos de recursos. Analisemos.

Em preliminar, registre-se que **se a intenção do recorrente for apenas a de questionar uma obscuridade, omissão ou contradição no teor da decisão**, o recurso cabível para tal fim será o recurso de **Embargos de Declaração**, e não a Apelação ou qualquer outro. Interposto o remédio *aclaratório*, restará interrompido o prazo recursal para o recurso que seria o adequado para questionar a sentença sob alegação de *error in judicando* ou *error in procedendo*, o qual, por certo, pode ainda ser interposto posteriormente, caso ainda haja interesse. Portanto, perceba-se que **de sentença é possível caber interposição de Embargos Declaratórios**, quando a insurgência for apenas para fins de pedir integração do conteúdo da decisão em virtude de omissão, ou para pedir esclarecimento diante de ponto obscuro ou contraditório.

Não sendo a hipótese a desafiar o uso dos Embargos de Declaração, há que analisar **quem são as partes na ação de execução fiscal**, pois, **a depender de quem sejam,** pode se estar diante da excepcional situação em que o recurso cabível é o **Recurso Ordinário Constitucional** a ser julgado pelo STJ, não sendo caso de cabimento de Apelação. Tal feito ocorrerá quando se tratar de um **conflito internacional que envolva um Estado Estrangeiro (ou um Organismo Internacional) litigando com um Município brasileiro (ou com uma pessoa, quem quer que seja, física ou jurídica, desde que domiciliada no Brasil).** Tais conflitos são de competência originária da Justiça Federal, cabendo ao Juiz federal de primeira instância a apreciação inaugural da causa, nos termos do disposto no art. 109, II, CRFB/88. Havendo prolação da sentença, a parte que pretender impugná-la, falo-a mediante interposição de **Recurso Ordinário Constitucional**, endereçado ao próprio Juiz federal (Juizo *a quo* que exerce o controle inicial de admissibilidade recursal) sentenciante, para que esse, caso conheça do recurso (admita) o encaminhe para julgamento de mérito no STJ, conforme regra oriunda do disposto no art. 105, II, 'c' da Constituição. Nesse sentido, **não caberá Apelação para o Tribunal Regional Federal** e sim **ROC para o STJ**, por serem os litigantes as partes acima mencionadas.

Não se tratando da hipótese supra narrada, de cabimento do ROC para o STJ, nos demais casos, diante da sentença prolatada pelo Juiz julgando a Execução Fiscal e os eventuais Embargos à Execução Fiscal que tenham sido interpostos, há que **identificar o valor da causa**, pois, como veremos com maior desdobramento adiante, **a depender de qual seja o valor da causa, o recurso cabível para impugnar a sentença será o recurso de Embargos Infringentes de Alçada e não a Apelação**, nos termos do estampado no art. 34 da Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/80). Isso se dará quando se constate que **ao tempo do ajuizamento da ação o valor da causa não supera o montante equivalente à 50 ORTN's.** Logo, o que se extrai é que **somente se deverá interpor o recurso de Apelação se o valor da causa, ao tempo do ajuizamento, for superior ao montante equivalente a 50 ORTN's; caso o montante não supere essa quantia, o recurso cabível será o recurso de embargos infringentes de alçada**, recurso próprio das execuções fiscais de pequeno valor.

Por fim, caso se trate de execução fiscal ajuizada em montante dentro da alçada (até 50 ORTN's) e

seja interposto o recurso de Embargos Infringentes de Alçada em face da sentença, a decisão proferida pelo próprio Juiz negando provimento ao recurso de alçada pode ser atacável por **Recurso Extraordinário para o STF**, já que o Pretório Excelso mantém entendimento pacificado no sentido de ser possível interposição do recurso extremo nas decisões de alçada, especialmente quando não couber nenhum outro tipo de recurso, como pode ser exatamente o caso na hipótese de julgamento de Embargos Infringentes de Alçada. Nesses casos, portanto, e nos termos do entendimento sustentado na **Súmula 640 do STF**, plenamente viável, ainda que não *comum*, o cabimento do **Recurso Extraordinário** em face da **sentença** com a qual o Juiz da causa julgou os Embargos Infringentes de Alçada.

A conclusão derradeira a que se chega é que **diante de uma sentença em sede de execução fiscal, cinco diferentes recursos podem ser cabíveis**, devendo o recorrente observar com meticuloso cuidado o requisito do cabimento para que não interponha a peça de insurgência inadequada. Como visto, **pode ser cabível Apelação, Embargos Infringentes de Alçada, Recurso Ordinário Constitucional, Embargos Declaratórios e até mesmo Recurso Extraordinário.**

2.3.2. Qual critério para determinar o recurso cabível? Apelação ou embargos infringentes de alçada?

Quando o juiz sentencia no processo de execução, essa sentença pode ser favorável ao exequente, confirmando a presunção de veracidade de que já gozava o título executivo, dando-se julgamento de procedência à ação, ou, em outra frente, pode, em face das alegações produzidas em sede de defesa do executado, julgar improcedente a execução fiscal, acolhendo os argumentos defensivos do demandado e libertando-o de sofrer a constrição do seu patrimônio, não lhe imputando o ônus de assumir o dispêndio financeiro suscitado pelo exequente como devido. Tal defesa normalmente se faz mediante ajuizamento da ação de Embargos à Execução Fiscal ou por meio da apresentação de uma Exceção de Pré-Executividade, cabendo, ainda, em situações especiais, a defesa por via do ajuizamento de uma Ação Anulatória.

A parte vencida ao final, por força de lhe ser desfavorável o provimento jurisdicional deferido na sentença, pode se insurgir contra essa sentença, questionando seu conteúdo (ou, a depender da situação, sua forma), insurgindo-se contra o ato decisório e pleiteando a reforma (ou anulação, sendo o caso) do mesmo, de sorte que, se já proferida nova decisão, substitutiva da que se ataca, e que possa lhe ser favorável.

Para questionar a sentença, a parte interessada, seja o exequente ou o executado, poderá ter que se valer de um de dois possíveis recursos, deixando-se claro, desde logo, que ou será um ou será o outro, dependendo do valor da causa. Ou seja, não haverá, em hipótese alguma, facultatividade de escolha por parte do recorrente, nem será admissível, independentemente da situação, a interposição de ambos os recursos. Sendo hipótese de cabimento da Apelação, não haverá qualquer possibilidade jurídica de ser caso de interposição dos Embargos Infringentes de Alçada; sendo, todavia, situação que desafie o oferecimento deste último, restará totalmente inadequada a primeira. Logo, constate-se que ou caberá o Recurso de Apelação ou caberá o Recurso de Embargos Infringentes de Alçada,

podendo inclusive, a depender do caso concreto, configurar erro grosseiro o equívoco na interposição do recurso errado, sequer legitimando a aplicação do princípio da fungibilidade, restando prejudicada a possibilidade de defesa recursal.

O que vai identificar o cabimento do recurso a ser interposto diante de sentença proferida em sede de execução fiscal é o valor da causa, apurado, evidentemente, ao tempo do ajuizamento da ação. Nesse compasso, o quesito determinante para que se possa delimitar qual será o recurso adequado para promover o questionamento da sentença ao final é o dimensionamento do valor da causa ao tempo do ajuizamento da ação. Se no momento em que a mesma é proposta se constata que o valor da causa é igual ou inferior ao equivalente a 50 ORTN, o recurso cabível é o Recurso de Embargos Infringentes de Alçada; sendo, todavia, o valor da causa superior a 50 ORTN (valor sempre apurado quando do momento do ajuizamento da ação), a peça recursal adequada para questionar a sentença é a Apelação. Até 50 ORTN, cabem Embargos Infringentes de Alçada; acima desse valor, o recurso unicamente cabível é a Apelação.

A regra para tal adequação e cabimento recursal emana da conjugação do CPC com a LEF, valendo a leitura do art. 513 do CPC que traz a clássica normatização de que, diante de sentença, cabe Apelação, mesclada com o art. 34 da Lei 6.830/1980 (LEF), que determina que nas causas com valor de até 50 ORTN o recurso adequado para questionar a sentença é o Recurso de Embargos Infringentes de Alçada. Aliás, o adjetivo “de alçada” foi acostado pela doutrina com o nítido propósito de distinguir esse específico recurso previsto na LEF, de aplicação singular para os processos de execução fiscal de pequeno valor, daquele outro recurso que o CPC regula nos seus arts. 530 e seguintes e que também se chama de Embargos Infringentes. Para evitar confusões terminológicas, a doutrina emprestou o adjetivo “de alçada” ao recurso previsto na lei de execuções fiscais, exatamente para fins de promover essa distinção, evitando-se confusões que certamente ocorreriam, em face da lamentável infelicidade do legislador de atribuir ao recurso projetado para questionar as sentenças de pequeno valor nas execuções fiscais o mesmo nome que já vinha sendo utilizado para identificar outro tipo de recurso, completamente diferente e adequado para situações sem qualquer equivalência com as que atarem a aplicação do recurso “fiscal” ora em comento. Destaque-se que a expressão “de alçada” indica, ainda, que o recurso é adequado por força do valor da causa, afinal, a expressão alçada é utilizada aqui exatamente no sentido de trazer a noção de “teto”, quantificação-limite de certo valor.

Na linha de toda a exposição até aqui traçada, o desafio para o recorrente é saber se a causa tem valor que, ao tempo do ajuizamento da ação, fosse superior ou não à alçada, fixada pela Lei 6.830/1980 em 50 ORTN. Concluindo-se que o valor superava esse teto ao tempo da propositura da demanda, deverá a parte insatisfeita com a sentença redigir e interpor o Recurso de Apelação, observando seus normais requisitos de admissibilidade, os quais, registre-se, guardam algumas notórias diferenças em relação aos Embargos Infringentes de Alçada; sendo a causa mensurada em até 50 ORTN, deleta-se a ideia de interpor a Apelação e formaliza-se a interposição dos Infringentes de Alçada.

2.3.3. Como apurar a alçada? Como saber o valor de 50 ORTN?

Para se apurar, em moeda corrente, o valor equivalente a 50 ORTN, a fórmula é bem simples: parte-se do valor fixo de R$ 328, 27 em dezembro de 2000, e, a partir de janeiro de 2001, aplica-se o índice de correção sobre tal quantia, atualizando-a até o momento do ajuizamento da ação. O índice a ser aplicado é o IPCA-E. Logo, para saber se a causa versa sobre valor acima de 50 ORTN ou não (e assim identificar se o recurso cabível para atacar a sentença é a Apelação ou os Embargos Infringentes de Alçada), deve o interessado promover a atualização do valor de R$ 328,27, aplicando o IPCA-E durante o período entre janeiro de 2001 e o dia do ajuizamento da ação. O valor final encontrado será o correspondente à alçada, ou seja, o montante em reais que corresponderá, ao tempo do ajuizamento, ao valor que equivaleria a 50 ORTN. Identificado esse valor, basta compará-lo com o valor da causa na execução fiscal ajuizada, que é o valor constante na CDA, correspondente à dívida exequenda (art. 6.º, § 4.º, da LEF). Feita a comparação, se o valor previsto na certidão de dívida ativa for igual ou inferior ao montante encontrado após aplicar o IPCA-E sobre o valor de R$ 328,27 no período supramencionado, pode-se afirmar que a ação tramita "dentro da alçada" e o recurso cabível para questionar a sentença é o Embargos Infringentes de Alçada. Em outra frente, se o valor da causa for superior ao montante encontrado após a atualização da quantia de R$ 328,27, pode-se afirmar que a causa "supera a alçada" e, assim sendo, o recurso unicamente adequado para questionar a sentença é o recurso de Apelação.

Esse método de apurar o valor correspondente a 50 ORTN (aplicar a partir de janeiro de 2001 o IPCA-E sobre o valor fixo de R$ 328,27) foi definido pelo STJ como o critério adequado, e esse entendimento já é definitivo há bastante tempo, não cabendo mais as antigas divergências quanto ao modo de apurar tal equivalência econômica. Exatamente para pôr termo aos diferentes entendimentos que vinham sendo aplicados nos diversos Tribunais do País foi que o STJ se debruçou sobre o feito e pacificou a polêmica. O precedente em que se esgotou o tema foi o **Recurso Especial 1.168.625/MG**, de relatoria do eminente **Ministro Luiz Fux**, julgamento realizado em 09.06.2010, com decisão tomada por unanimidade na **1.ª Seção do STJ.**

No julgamento do precedente, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu, corretamente, que o valor de 50 ORTN seria equivalente a 50 OTN, que equivaleriam a 308,50 BTN, com igual dimensão de 308,50 UFIR, e essa quantia de 308,50 UFIR traduziria, por fim, em dezembro de 2000, momento da desindexação da economia no País, a cifra de R$ 328,27. Logo, é a partir dessa referência, o valor de R$ 328,27 na data de dezembro de 2000, que se identifica qual o valor correspondente a 50 ORTN, independentemente do dia do ajuizamento da execução fiscal. Utiliza-se, como dito, esse valor de R$ 328,27 como referência, o qual é atualizado até a data do ajuizamento, aplicando o índice oficial a partir de janeiro de 2001 até o dia da propositura da ação. Aproveito para transcrever a ementa do julgado ora citado:

> Processual civil. Recurso especial representativo da controvérsia. Art. 543-C do CPC. Tributário. Execução fiscal. Valor de alçada. Cabimento de apelação nos casos em que o valor da causa excede 50 ORTN. Art. 34 da Lei n.º 6.830/80 (LEF). 50 ORTN = 50 OTN = 308,50 BTN = 308,50 UFIR = R$ 328,27, em dez./2000. Precedentes. Correção pelo IPCA-E a partir de jan./2001.
>
> 1. O recurso de apelação é cabível nas execuções fiscais nas hipóteses em que o seu valor excede, na data da propositura da ação, 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN, à luz do disposto no artigo 34 da Lei n.º 6.830, de 22 de setembro de 1980.
>
> 2. A *ratio essendi* da norma é promover uma tramitação mais célere nas ações de execução fiscal com valores menos expressivos,

admitindo-se apenas embargos infringentes e de declaração a serem conhecidos e julgados pelo juízo prolator da sentença, e vedando-se a interposição de recurso ordinário.

3. Essa Corte consolidou o sentido de que, "com a extinção da ORTN, o valor de alçada deve ser encontrado a partir da interpretação da norma que extinguiu um índice e o substituiu por outro, mantendo-se a paridade das unidades de referência, sem efetuar a conversão para moeda corrente, para evitar a perda do valor aquisitivo", de sorte que "50 ORTN = 50 OTN = 308,50 BTN = 308,50 UFIR = R$ 328,27 (trezentos e vinte e oito reais e vinte e sete centavos) a partir de janeiro/2001, quando foi extinta a UFIR e desindexada a economia" (REsp 607.930/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, 2.ª Turma, j. 06.04.2004, *DJ* 17.05.2004, p. 206).

4. Precedentes jurisprudenciais: AgRg no Ag 965.535/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2.ª Turma, j. 02.10.2008, *DJe* 06.11.2008; AgRg no Ag 952.119/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, 2.ª Turma, j. 19.02.2008, DJ 28.02.2008, p. 1; REsp 602.179/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1.ª Turma, j. 07.03.2006, *DJ* 27.03.2006, p. 161.

5. Outrossim, há de se considerar que a jurisprudência do Egrégio STJ manifestou-se no sentido de que, "extinta a UFIR pela Medida Provisória n.º 1.973/67, de 26.10.2000, convertida na Lei 10.552/2002, o índice substitutivo utilizado para a atualização monetária dos créditos do contribuinte para com a Fazenda passa a ser o IPCA-E, divulgado pelo IBGE, na forma da resolução 242/2001 do Conselho da Justiça Federal" (REsp 761.319/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1.ª Turma, j. 07.03.2006, *DJ* 20.03.2006, p. 208).

6. A doutrina do tema corrobora esse entendimento, assentando que "tem-se utilizado o IPCA-E a partir de então pois servia de parâmetro para a fixação da UFIR. Não há como aplicar a SELIC, pois esta abrange tanto correção como juros" (PAUSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder. *Direito processual tributário*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 404).

7. Dessa sorte, *mutatis mutandis*, adota-se como valor de alçada para o cabimento de apelação em sede de execução fiscal o valor de R$ 328,27 (trezentos e vinte e oito reais e vinte e sete centavos), corrigido pelo IPCA-E a partir de janeiro de 2001, valor esse que deve ser observado à data da propositura da execução.

8. *In casu*, a demanda executiva fiscal, objetivando a cobrança de R$ 720,80 (setecentos e vinte reais e oitenta centavos), foi ajuizada em dezembro de 2005. O Novo Manual de Cálculos da Justiça Federal (disponível em) indica que o índice de correção, pelo IPCA-E, a ser adotado no período entre jan./2001 e dez./2005 é de 1,5908716293. Assim, R$ 328,27 (trezentos e vinte e oito reais e vinte e sete centavos), com a aplicação do referido índice de atualização, conclui-se que o valor de alçada para as execuções fiscais ajuizadas em dezembro/2005 era de R$ 522,24 (quinhentos e vinte e dois reais e vinte a quatro centavos), de sorte que o valor da execução ultrapassa o valor de alçada disposto no artigo 34 da Lei n.º 6.830/80, sendo cabível, *a fortiori*, a interposição da apelação.

9. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008 (REsp 1168625/MG, Rel. Min. Luiz Fux, 1.ª Seção, j. 09.06.2010, *DJe* 01.07.2010).

Observe-se, como se depreende da leitura da própria ementa do julgado acima transcrita, que, com a queda da ORTN, substituída pela OTN e depois pelo BTN e, esta, por último, pela UFIR, o valor previsto pela Lei 6.830/1980 no ano de 1980 equivaleria a 308,50 UFIR em dezembro de 2000. A lei fala em ORTN, pois essa era a unidade de referência na época de sua publicação. A ORTN teve a mesma equivalência à OTN. No entanto, quando a nossa economia passou a adotar o BTN, houve uma desproporção, sendo que 1 OTN valia mais que 6 BTN (1 OTN = 6,17 BTN). Ou, em outras palavras, um BTN significava menos que um sexto do valor de uma OTN. Nesse sentido, seriam necessários mais de 300 BTN para se chegar ao valor das 50 OTN. Depois, o BTN foi substituído pela UFIR, mas preservando a equivalência. Quando a UFIR foi extinta, de fato, fazendo a equiparação, concluir-se-ia que realmente 308,50 UFIR do ano 2000 equivaleriam às 50 ORTN do ano de 1980. Como naquela época, em dezembro de 2000, uma UFIR equivalia a valor próximo de um real, um pouco abaixo, constatou-se que o valor de 308,50 UFIR traduziria, naquele momento, R$ 328,27. Daí o resumo em números indicando que **50 ORTN em 1980 = 50 OTN = 308,50 BTN = 308,50 UFIR = R$ 328,27 em dezembro de 2000.**

2.3.4. O momento de avaliação da alçada. Ajuizamento da ação. Irrelevância do valor da alçada ao tempo da sentença

É fundamental enfatizar que o que vai determinar a alçada na execução fiscal, para fins de identificar o recurso cabível diante da sentença, é o seu valor ***ao tempo do ajuizamento, e não ao tempo da publicação da sentença***. Ou seja, importa saber qual era o ***valor da alçada no dia em que a execução foi ajuizada***, e, nesse momento, fazer a comparação entre o referido montante e o valor da causa. Assim, saber-se-á se a causa tramita "dentro da alçada" ou "acima da alçada".

E, realmente, é imprescindível ter essa noção, caso não se queira cometer o erro de interpor um recurso inadequado para questionar a sentença. Isso por um motivo simples: a execução é ajuizada em um tempo, mas a prolação da sentença só vem em um momento futuro, e haverá, evidentemente, aumento do valor da alçada nesse intervalo de tempo. O valor em reais que corresponde aos 50 ORTN (valor da alçada) aumenta com o passar do tempo. Nesse sentido, perceba-se que a aplicação do índice de atualização, a partir de janeiro de 2001, sobre o montante fixo de R$ 328,27 gerará um valor sempre maior com o decorrer do dia a dia, e, logicamente, o valor da alçada ao tempo do ajuizamento será um, mas ao tempo da prolação da sentença (quando se pretende recorrer) será outro. E nesse meio do caminho ele pode superar a quantia correspondente ao valor da causa.

É essencial ter tal percepção, pois, a depender do caso concreto, o valor da causa pode ser, ao tempo do ajuizamento, um valor superior à alçada (e, nesse caso, o recurso cabível para questionar a futura sentença seria a apelação, por ser o valor da causa inferior a 50 ORTN), mas, caso passe muito tempo até que essa sentença seja prolatada, pode ocorrer de no momento do ato sentenciante a alçada já ter alcançado um patamar superior ao valor da dívida executada, o que poderia induzir alguns ao erro de acreditarem que o recurso cabível para questionar tal sentença seria o recurso de Embargos Infringentes, o que, por certo, não se daria.

Ora, em uma situação como essa, será irrelevante o fato de que ao tempo da sentença a alçada já alcance um valor maior que o valor da causa; o que realmente importará, no exemplo em comento, é que *o valor da alçada* ao tempo do ajuizamento da ação *era inferior ao valor da causa*, e, por assim ser, o recurso cabível é o recurso de Apelação, sendo irrelevante que no momento da sentença o valor da causa ficou inferior a 50 ORTN. Como frisado, e peço vênia para insistir, o que importa é que ao tempo da propositura da demanda a causa tinha valor superior a 50 ORTN, ou seja, ***o valor da causa era maior que o valor da alçada***, e isso é o suficiente para assegurar que o recurso cabível será o recurso de Apelação e não os Embargos Infringentes de Alçada. Avalie-se o tema, por fim, com o seguinte exemplo: uma execução fiscal ajuizada nos primeiros dias do mês de janeiro de 2001, momento em que o valor da alçada era de R$ 328,27, sendo que a dívida exequenda era de R$ 350,00. Nesse exemplo, tem-se uma execução ajuizada com ***valor da causa superior ao valor da alçada***, pelo que, no momento futuro, quando for prolatada a sentença, o recurso cabível para quem queira questioná-la será a Apelação. Mesmo quando a sentença é proferida, o valor da alçada já esteja em patamar acima dos R$ 350,00 (valor da causa), o recurso cabível continuará sendo o recurso de Apelação, e não os Embargos Infringentes de Alçada. Para deixar o mais claro possível, cogite-se que, nesse mesmo exemplo, essa ação de execução fiscal ajuizada em janeiro de 2001 com valor de R$ 350,00 previsto na CDA tivesse sentença proferida em janeiro de 2004. Ora, nesse momento, janeiro de 2004, o valor da alçada (50 ORTN) correspondia ao montante de R$ 460,42,

aplicando-se o índice do IPCA-E a partir de janeiro de 2001 até janeiro de 2004, sobre o valor fixo de R$ 328,27. Perceba-se, no exemplo, que no momento da edificação da sentença o valor da alçada já supera o valor da causa (valor da alçada = R$ 460,62 e valor da causa = R$ 350,00), ou seja, o valor da causa está inferior a 50 ORTN nesse exato instante em que a sentença é proferida. Todavia, nem por isso o recurso cabível para questionar essa sentença será o recurso de Embargos Infringentes de Alçada, pois, repito, insistentemente, pedindo vênia e paciência ao leitor: ***o que determina o recurso cabível é o valor da alçada ao tempo do ajuizamento da ação***, e, no caso presente, a esse tempo, a alçada era de valor inferior ao valor da causa, quer dizer, o valor da causa era superior ao valor da alçada, superior a 50 ORTN, razão pela qual estava "acima da alçada", sendo o Apelo o meio unicamente adequado para recorrer em face dessa sentença.

2.3.5. O que é o IPCA-E?

O IPCA-E (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial), índice que serve como referência para a atualização do valor da alçada nas execuções fiscais, é regulado pelo IBGE e foi criado no final do ano 1991, mais precisamente, em 30.12.1991, para ser aplicado a partir de 1992. Avalia alguns tipos de gastos suportados por famílias com renda entre um a quarenta salários mínimos, em algumas localidades do País. A população-objetivo avaliada se concentra no Município de Goiânia e nas regiões metropolitanas de outras nove capitais no país (Belém, Fortaleza, Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo, Curitiba e Porto Alegre e Brasília), havendo avaliação nas cinco regiões do Brasil.

O índice é divulgado trimestralmente, de acordo com a variação que se apura a cada três meses. Nesses moldes, o índice é divulgado quatro vezes por ano (nos meses de março, junho, setembro e dezembro), havendo, ao final do ano, a divulgação do índice geral acumulado do ano, somando-se os quatro trimestres. A cada trimestre, o índice publicado vincula os meses seguintes, até que venha a próxima divulgação. Para avaliar cada mês, somam-se os dias da segunda quinzena do mês anterior (do dia dezesseis do mês anterior até o último dia) com os primeiros quinze dias do mês que está sendo avaliado (ex.: para avaliar o mês de junho, leva-se em conta o período entre 16 de maio a 15 de junho).

Para fins de apurar a alçada nas execuções fiscais, a cada novo ano que se inicia, considera-se o índice divulgado em dezembro do ano anterior, e aplica-se esse percentual para atualizar o valor da alçada, lançando-o, é claro, sobre o montante já atualizado relativamente a todos os períodos anteriores, desde dezembro de 2000, quando o valor de referência era de R$ 328,27.

Aplicado o percentual de atualização divulgado em dezembro, a alçada para as execuções ajuizadas até que seja divulgado o índice de março será o valor que resulte dessa atualização. Após divulgado o índice de março, aplica-se este sobre o valor que até então vinha sendo considerado o valor da alçada, o qual, por certo, sobe um pouco mais, e esse novo valor será o valor da alçada até que venha a aplicação do índice de junho. E assim sucessivamente.

Para fins de informação, aplicando-se o IPCA-E sobre todo o período entre dezembro de 2000 a dezembro de 2012, o valor da alçada, de 50 ORTN, fica atualizado em **R$ 704,40**. Ou seja, aquele

valor de R$ 328,27 em dezembro de 2000, seguindo atualizado sucessivamente com os índices contínuos do IPCA-E ao longo desse período até o final do ano de 2012, se converte no valor de R$ 704,40.

Isso quer dizer que no início do ano de 2013, durante os meses de janeiro, fevereiro e março, e até que venha a ser divulgado o índice oficial de março de 2013, caso seja ajuizada uma ação de execução fiscal com valor de até R$ 704,40, essa execução estará *dentro da alçada*, de sorte que, em um momento futuro, quando for proferida a sentença, caso haja interesse da parte vencida em recorrer, o recurso cabível será o recurso de Embargos Infringentes de Alçada. Todavia, caso a execução ajuizada nesse mesmo período seja de valor superior a R$ 704,40, a sentença será atacável apenas por apelação. Observe-se que um único centavo a mais já fará a diferença para determinar se a ação tramita dentro ou acima da alçada, e isso, obviamente, implica a identificação do recurso cabível. Todavia, sentenças prolatadas em 2013 obviamente correspondem a ações ajuizadas em período anterior, e, portanto, quando o valor de alçada era menor. Isso quer dizer que o recorrente dessa sentença, proferida em 2013, necessariamente precisa observar qual era o valor da alçada ao tempo da propositura da ação, para que então identifique se esse valor é maior que o valor da causa, ou não. Sendo maior, o recurso será a apelação, sendo igual ou menor, os embargos infringentes de alçada.

Após carinhoso trabalho de pesquisa, elaborada no *site* do Banco Central do Brasil, utilizando o programa da "Calculadora do Cidadão", fizemos um resumo objetivo com os valores da alçada nas execuções fiscais no Brasil nos anos entre 2001 e 2012. Desse modo, apresentamos, no tópico a seguir, os valores que correspondem, em reais, ao equivalente a 50 ORTN, trazendo-se essa conversão para o momento do ajuizamento da ação em cada início de ano. Ou seja, será apresentada tabela com o valor da alçada, já atualizada, com base no índice oficial de dezembro de cada ano, de sorte que a referida tabela indicará qual era o valor da alçada para as ações de execução fiscal ajuizadas no início de cada ano.

A pesquisa foi feita, como dito, no *site* do Banco Central do Brasil, e para conferir novos valores, especialmente com atualizações posteriores à publicação desta obra basta buscar no seguinte endereço: <https://www3.bcb.gov.br/CALCIDADAO/publico/exibirFormCorrecaoValores.do?method=exibirFormCorrecaoValores&aba=1>.

Segue, portanto, a tabela com o resultado da nossa pesquisa, para análise. Na sequência, apresentaremos algumas conclusões.

2.3.6. Tabela com os valores da alçada, ano a ano, corrigidos pelo IPCA-E, até o ano de 2013

Analisem os dados abaixo:

- **VALOR DA ALÇADA NAS EXECUÇÕES FISCAIS: 50 ORTN**

- **50 ORTN = 50 OTN = 308,50 BTN = 308,50 UFIR = R$ 328,27 em dezembro de 2000**

- **ALÇADA = R$ 328,27 em dezembro de 2000 + Aplicação do IPCA-E até a data do Ajuizamento da Ação de Execução Fiscal**

1. Valor da Alçada em setembro/dezembro 2013 (Índice de setembro de 2013)

Dados básicos da correção pelo IPCA-E (IBGE) Dados informados	
Data inicial	12/2000
Data final	**09/2013**
Valor nominal	R$ 328,27 (Real)
Dados calculados	
Índice de correção no período	2,2308935
Valor percentual correspondente	123,0893500%
Valor corrigido na data final	**R$ 732,34 (Real)**

2. Valor da Alçada em junho/agosto 2013 (Índice de junho de 2013)

Dados básicos da correção pelo IPCA-E (IBGE) Dados informados	
Data inicial	12/2000
Data final	**06/2013**
Valor nominal	R$ 328,27 (Real)
Dados calculados	
Índice de correção no período	2,2197784
Valor percentual correspondente	121,9778400%
Valor corrigido na data final	**R$ 728,69 (Real)**

3. Valor da Alçada em março/junho 2013 (Índice de junho de 2013)

Dados básicos da correção pelo IPCA-E (IBGE) Dados informados	
Data inicial	12/2000
Data final	**03/2013**
Valor nominal	R$ 328,27 (Real)
Dados calculados	
Índice de correção no período	2,1900800
Valor percentual correspondente	119,0080000%
Valor corrigido na data final	**R$ 718,94 (Real)**

4. Valor da Alçada em janeiro/março 2013 (Índice de dezembro de 2012)

Dados básicos da correção pelo IPCA-E (IBGE)

Dados informados	
Data inicial	12/2000
Data final	**12/2012**
Valor nominal	R$ 328,27 (Real)
Dados calculados	
Índice de correção no período	2,1457981
Valor percentual correspondente	114,5798100%
Valor corrigido na data final	**R$ 704,40 (Real)**

5. Valor da Alçada em janeiro/março 2012 (Índice de dezembro de 2011)

Dados básicos da correção pelo IPCA-E (IBGE) Dados informados	
Data inicial	12/2000
Data final	**12/2011**
Valor nominal	R$ 328,27 (Real)
Dados calculados	
Índice de correção no período	2,0286230
Valor percentual correspondente	102,8623000%
Valor corrigido na data final	**R$ 665,94 (Real)**

6. Valor da Alçada em janeiro/março 2011 (Índice de dezembro de 2010)

Dados básicos da correção pelo IPCA-E (IBGE) Dados informados	
Data inicial	12/2000
Data final	**12/2010**
Valor nominal	R$ 328,27 (Real)
Dados calculados	
Índice de correção no período	1,9038160
Valor percentual correspondente	90,3816000%
Valor corrigido na data final	**R$ 624,97 (Real)**

7. Valor da Alçada em janeiro/março 2010 (Índice de dezembro de 2009)

Dados básicos da correção pelo IPCA-E (IBGE) Dados informados	
Data inicial	12/2000
Data final	**12/2009**
Valor nominal	R$ 328,27 (REAL)

Dados calculados	
Índice de correção no período	1,7995753
Valor percentual correspondente	79,9575300%
Valor corrigido na data final	**R$ 590,75 (Real)**

8. Valor da Alçada em janeiro/março 2009 (Índice de dezembro de 2008)

Dados básicos da correção pelo IPCA-E (IBGE) Dados informados	
Data inicial	12/2000
Data final	**12/2008**
Valor nominal	R$ 328,27 (Real)
Dados calculados	
Índice de correção no período	1,7272583
Valor percentual correspondente	72,7258300%
Valor corrigido na data final	**R$ 567,01 (Real)**

9. Valor da Alçada em janeiro/março 2008 (Índice de dezembro de 2007)

Dados básicos da correção pelo IPCA-E (IBGE) Dados informados	
Data inicial	12/2000
Data final	**12/2007**
Valor nominal	R$ 328,27 (Real)
Dados calculados	
Índice de correção no período	1,6279245
Valor percentual correspondente	62,7924500%
Valor corrigido na data final	**R$ 534,40 (Real)**

10. Valor da Alçada em janeiro/março 2007 (Índice de dezembro de 2006)

Dados básicos da correção pelo IPCA-E (IBGE)	
Dados informados	
Data inicial	12/2000
Data final	**12/2006**
Valor nominal	R$ 328,27 (Real)
Dados calculados	
Índice de correção no período	1,5598569

Valor percentual correspondente	55,9856900%
Valor corrigido na data final	**R$ 512,05 (Real)**

11. Valor da Alçada em janeiro/março 2006 (Índice de dezembro de 2005)

Dados básicos da correção pelo IPCA-E (IBGE)	
Dados informados	
Data inicial	12/2000
Data final	**12/2005**
Valor nominal	R$ 328,27 (Real)
Dados calculados	
Índice de correção no período	1,5150564
Valor percentual correspondente	51,5056400%
Valor corrigido na data final	**R$ 497,35 (Real)**

12. Valor da Alçada em janeiro/março 2005 (Índice de dezembro de 2004)

Dados básicos da correção pelo IPCA-E (IBGE)	
Dados informados	
Data inicial	12/2000
Data final	**12/2004**
Valor nominal	R$ 328,27 (Real)
Dados calculados	
Índice de correção no período	1,4309379
Valor percentual correspondente	43,0937900%
Valor corrigido na data final	**R$ 469,73 (Real)**

13. Janeiro/março 2004

Dados básicos da correção pelo IPCA-E (IBGE) **Dados informados**	
Data inicial	12/2000
Data final	**12/2003**
Valor nominal	R$ 328,27 (Real)
Dados calculados	
Índice de correção no período	1,3306661
Valor percentual correspondente	33,0666100%

Valor corrigido na data final	R$ 436,82 (Real)

14. Valor da Alçada em janeiro/março 2003 (Índice de dezembro de 2002)

Dados básicos da correção pelo IPCA-E (IBGE) Dados informados	
Data inicial	12/2000
Data final	**12/2002**
Valor nominal	R$ 328,27 (Real)
Dados calculados	
Índice de correção no período	1,2112246
Valor percentual correspondente	21,1224600%
Valor corrigido na data final	**R$ 397,61 (Real)**

15. Valor da Alçada em janeiro/março 2002 (Índice de dezembro de 2001)

Dados básicos da correção pelo IPCA-E (IBGE) Dados informados	
Data inicial	12/2000
Data final	**12/2001**
Valor nominal	R$ 328,27 (REAL)
Dados calculados	
Índice de correção no período	1,0815779
Valor percentual correspondente	8,1577900%
Valor corrigido na data final	**R$ 355,05 (Real)**

2.3.7. Algumas conclusões importantes sobre a alçada

Após a análise dos dados fornecidos nas tabelas acima divulgadas, a primeira grande conclusão que se pode extrair é: ***toda e qualquer ação de execução fiscal ajuizada até março de 2013, com valor de até R$ 704,40 (setecentos e quatro reais e quarenta centavos), está <u>DENTRO DA ALÇADA</u>, pelo que o recurso cabível para impugnar suas sentenças é o recurso de Embargos Infringentes de Alçada.***

Do mesmo modo, interpretando *a contrario sensu* a informação acima exposta, pode-se reconhecer que, no mesmo período, entre dezembro de 2001 e até o mês de março de 2013, ***toda e qualquer execução fiscal ajuizada com valor acima de R$ 704,40 está acima da alçada, logo, tem sentença impugnável por APELAÇÃO.***

Evidentemente que, nos períodos anteriores a dezembro de 2012, o valor da alçada era inferior ao

montante de R$ 704,40, pelo que deve-se ter cautela para analisar o valor exato da alçada em cada trimestre de cada ano, para que se detecte se a execução fiscal ajuizada naquele exato período estava (ou não) dentro da alçada.

Pode-se afirmar, sem receio, que toda e qualquer execução fiscal ajuizada no ano de 2011, com valores de até R$ 694,97 (valor da alçada no início do ano), são considerados como valores "dentro da alçada", pelo que uma sentença prolatada nessas execuções é atacável por Embargos Infringentes, e não por Apelação. Do mesmo modo, qualquer ação de execução fiscal ajuizada no ano de 2008, caso a dívida exequenda fosse de montante igual ou inferior a R$ 534,30, seria execução fiscal dentro da alçada, pois esse é o valor da alçada no início do ano.

É importante perceber que ao longo do ano a alçada é atualizada a cada três meses, pois a divulgação do IPCA-E é trimestral, ocorrendo sempre nos meses de março, junho, setembro e dezembro (meses três, seis, nove e doze). Nesse viés, perceba-se que o valor da alçada no começo de um ano não será o mesmo valor ao final do ano, de modo que esse valor sobe a cada trimestre, devendo o recorrente sempre ficar atento a essa variação para identificar o recurso correto.

2.3.8. Diferença entre os embargos infringentes de alçada e a apelação

Após ficar bem delimitado quando é cabível a interposição dos Embargos Infringentes de Alçada e quando é cabível a interposição da Apelação, diante das sentenças prolatadas nas execuções fiscais, tracemos um paralelo comparativo, apontando as principais distinções entre cada uma das duas espécies recursais.

Acredito que o primeiro traço diferenciador a ser evidenciado é aquele que revela a competência para julgamento. Ou seja, a identificação do órgão responsável pelo exercício do chamado *Juízo Meritório*. Em outras palavras, reconhecermos quem será competente para efetivamente julgar o recurso.

No caso da Apelação, o julgamento será feito pelo Tribunal ao qual se vincula a vara onde tramita a ação executiva. Nesse compasso, tratando-se de Justiça Estadual, a Apelação será julgada por uma das Câmaras do Tribunal de Justiça daquele determinado Estado da federação (ou o TJ do DF, se for o caso). Já nas execuções ajuizadas na Justiça Federal, o julgamento da Apelação será feito pelo TRF a que se vincula aquela vara federal onde atua o juiz federal sentenciante. No caso do TRF, que, em vez de Câmaras, possui Turmas, caberá ao Desembargador Federal relator, na Turma para a qual for distribuído o recurso, julgá-lo.

Perceba-se, portanto, que, apesar de a Apelação ser dirigida ao juiz da causa, prolator da sentença, para que exerça o chamado *Juízo de Admissibilidade* e, então, checando se estão respeitados os requisitos para admitir o recurso ("conhecer" do recurso, na linguagem adequada), encaminhe para o Tribunal, ***o julgamento da Apelação é feito pelo Tribunal, por Desembargadores***. Juiz singular não julga Apelação, recurso que somente tem seu mérito apreciado por Desembargadores da segunda instância do Poder Judiciário.

Ao contrário, quando falamos dos Embargos Infringentes de Alçada, o próprio Juiz prolator da sentença será o órgão competente para o julgamento. Isso mesmo! E aqui está a mais importante

diferença para a Apelação. Nesta última, o julgamento recursal é colegiado, exercido em sede de Tribunal, na segunda instância. Já no recurso interponível nas causas de pequeno valor, dentro da alçada, o julgamento recursal é singular, o recurso não sobre para o Tribunal. É por isso que não raro se escuta falar, na linguagem corriqueira da militância forense, que o recurso de Embargos Infringentes de Alçada "nada mais é que um pedido de revisão ao próprio juiz prolator da sentença". No fundo, pedindo vênia aos mais rigorosos com as terminologias e formalismos, é exatamente isso.

Constate-se que a interposição de ambos os recursos se dá perante o juiz da causa, logo, são endereçados, em ambos os casos, ao próprio juiz prolator da sentença e devem ser protocolizados na própria vara em que tramita a execução fiscal. Todavia, no caso da Apelação, o juiz da causa apenas exerce o Juízo de Admissibilidade, encaminhando, se for caso de conhecer do recurso, a peça apelante, para apreciação e julgamento no Tribunal, onde será exercido o juízo meritório. Já nos Infringentes de Alçada o próprio Juiz da execução exerce cumulativamente o juízo de admissibilidade e o juízo meritório.

Observe-se que, como decorrência dessa percepção, algumas distinções são fundamentais de ser apontadas. Em julgamento de Embargos Infringentes de Alçada, por se tratar de decisão singular e exercida na primeira instância, jamais será cabível interposição de Recurso Especial para o STJ, já que tal modalidade de recurso excepcional só é cabível diante de decisões exaradas em Tribunais (vide art. 105, III, CRFB/1988 e consolidada jurisprudência nesse sentido), porquanto dos julgamentos de Apelações pode ser cabível a interposição do REsp. No mesmo sentido, por se tratar de decisão monocrática, não exercida em órgão colegiado, não se cogita de Agravo Regimental no julgamento dos Embargos Infringentes de Alçada, pois o "agravinho" é recurso aplicável apenas a decisões de Relatores dentro de órgãos colegiados, sempre nos Tribunais. Ainda na mesma linha de percepção, enxergue-se que jamais se cogitará de interposição de Embargos Infringentes (do CPC) diante de decisão de Embargos Infringentes de Alçada (da LEF), porquanto tal modalidade de recurso "de desempate" é cabível no julgamento de algumas Apelações.

Conclua-se, em face do exposto, que no julgamento de Embargos Infringentes de Alçada somente se podem interpor dois tipos de recursos, e, desde que observadas as condições específicas de admissibilidade de cada um deles, quais sejam: os Embargos Declaratórios e o Recurso Extraordinário para o STF.

Oportuno ainda destacar que da decisão que ***inadmite o recurso***, por se entender que ele não cumpre um dos requisitos de admissibilidade, cabe Agravo de Instrumento para o Tribunal, e aqui tanto faz se o caso foi de decisão de inadmissibilidade de Apelação ou Embargos Infringentes de Alçada. Perceba-se que, nesse caso específico, o recurso não foi julgado, sequer foi admitido. A decisão de não conhecer do recurso, seja lá por qual motivo (ex.: intempestividade; inadequação em razão do valor da alçada; falta de interesse; deserção, no caso da apelação etc.), desafia o Agravo de Instrumento para o Tribunal, a ser interposto no prazo de dez dias com feitio do regular preparo.

Acrescente-se também a importante diferença no que tange ao prazo de interposição do recurso, que no caso da Apelação será de quinze dias, seguindo-se a regra tradicional para recorribilidade, porquanto no caso do recurso do art. 34 da Lei 6.830/1980 o prazo se reduz em um terço, caindo para

apenas dez dias.

Lembre-se, por fim, da diferença no tocante ao requisito extrínseco de admissibilidade recursal do *preparo*, o qual é exigível na Apelação e dispensado nos Embargos Infringentes de Alçada, especialmente pelo fato de que, neste último, como não há subida do recurso para o Tribunal, não há custos com porte de remessa e de retorno (como seria na Apelação), bem como não há necessidade de formação de instrumento para novos autos (como seria no Agravo de Instrumento). Portanto, optou o doutrina com a guarida da jurisprudência, por reconhecer que o recorrente deveria ficar desonerado das custas de preparo quando o recurso é interposto nas causas de valor dentro da alçada.

Em linhas de encerramento do tópico, trago à baila recente (e inovador) entendimento do STJ que vem entendendo que, após recebido o recurso de Embargos Infringentes de Alçada e sendo feito seu julgamento, caso a matéria ventilada não desafie interposição de Recurso Extraordinário para o STF, e, no julgamento do recurso, a parte prejudicada entenda que está havendo violação a direito seu, líquido e certo, sendo possível a comprovação documental de ofício, seria cabível a impetração de Mandado de Segurança para o Tribunal, considerando-se a decisão equivocada um ato coator judicial. O entendimento é inequivocamente corajoso, ousado, e desafia tema que sempre provocou acalorados debates na doutrina e na própria jurisprudência, servindo, inclusive, para mitigar um incontável número de precedentes anteriores. A decisão se deu nos autos do **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 31.681/SP**, julgado em **18.10.2012** com relatoria do **Min. Castro Meira**, tendo sido a matéria veiculada no **Informativo 507 do STJ**. Em face do relevo do tema, transcrevo a publicação, na íntegra como foi veiculada, para ciência do leitor:

> **Informativo n.º 0507**
>
> **Período: 18 a 31 de outubro de 2012.**
>
> **Segunda Turma**
>
> **Direito processual civil. Cabimento de mandado de segurança. Desprovimento de embargos infringentes em execução fiscal.**
>
> **É cabível a impetração de mandado de segurança contra decisão que nega provimento a embargos infringentes para manter a extinção da execução fiscal de valor inferior a 50 ORTNs.** O mandado de segurança é remédio constitucional destinado a sanar ou a evitar ilegalidades que acarretem violação de direito líquido e certo do impetrante. Trata-se de ação submetida a um rito especial, cujo objetivo é proteger o indivíduo contra abusos praticados por autoridades públicas ou por agentes particulares no exercício de atribuições delegadas pelo ente público. Quando a ilegalidade deriva de ato judicial, não se admite o *writ* nos casos em que há recurso passível de impugnar a decisão combatida, a teor do que dispunha o art. 5.º, II, da Lei n. 1.533/1951 e a Súm. n. 267/STF. Entretanto, não se deve atribuir caráter absoluto a essa vedação. A interpretação que melhor se coaduna com a finalidade da ação mandamental é a que admite a impetração sempre que não houver recurso útil a evitar ou reparar lesão a direito líquido e certo do impetrante. No caso, contra a decisão proferida nos embargos infringentes previstos no art. 34 da Lei n. 6.830/1980, apenas seria possível a interposição de recurso extraordinário, o qual se destina a apreciar violação dos dispositivos da Constituição Federal. Dessa forma, não havendo recurso passível de sanar a ilegalidade, devem ser mitigados os rigores da Súm. n. 267/STF para considerar cabível a ação mandamental. Precedentes citados: RMS 31.380-SP, *DJe* 16.06.2010; RMS 33.199-SP, *DJe* 16/3/2011, e RMS 35.136-SP, *DJe* 14.09.2011. (RMS 31.681-SP, Rel. Min. Castro Meira, j. 18.10.2012).

Observe-se, na própria leitura da notícia, que o STJ optou por seguir o entendimento de que mesmo que, na teoria, a decisão desafiasse recurso (das decisões em julgamento de Embargos Infringentes de Alçada é possível interposição de Recurso Extraordinário para o STF), *se esse recurso não for adequado para o caso concreto*, a parte prejudicada com a decisão prolatada pelo

juiz da execução fiscal julgando os Embargos Infringentes de Alçada poderia impetrar o MS para defender seu direito líquido e certo, considerando-se que o julgamento viciado se equipararia a ato coator a desafiar o uso do *writ*. Abranda-se com inteligência o rigor do art. 5.º, II, da Lei 12.016/2009 e da Súmula 267 do STF, para homenagear o direito ao contraditório e à ampla defesa, propiciando-se àquele que ficou visivelmente prejudicado por uma decisão singular viciada proferida pelo juiz da execução fiscal a oportunidade de ter seu direito apreciado e, se for o caso de realmente ser legítimo, protegido, em um novo julgamento, agora, pelo Tribunal que proferirá o Acórdão julgando o Mandado de Segurança. Rememore-se que, diante de ato coator de Juiz Federal, a competência para processamento e julgamento do MS é originária do TRF, nos termos do que dispõe o art. 108, I, "c", CRFB/1988. Nas esferas Estadual e Distrital, as Constituições Estaduais e a Lei Orgânica Distrital, em igual aplicação, deslocam a competência para o TJ quando se trata de ato coator judicial emanado de Juiz de Direito.

2.4. Conflito internacional e o cabimento do recurso ordinário constitucional. Art. 105, II, "c", CRFB/1988

Os casos em que a sentença deverá ser questionada por via do **Recurso Ordinário Constitucional** são aqueles em que os personagens na contenda sejam, de um lado, um Município brasileiro e, de outro lado, ou um Estado estrangeiro ou um organismo internacional. Em tais situações, por força de expressa previsão constitucional, a ação corre na Justiça Federal e a sentença é questionável por via do recurso constitucional amplo, devendo ter seu mérito julgado no Superior Tribunal de Justiça. Ou seja, trata-se de ação de execução fiscal **municipal** com o processo tramitando na **justiça federal** e com **recurso em face da sentença devendo ter julgamento de mérito no Superior Tribunal de Justiça**. Tudo isso em razão das regras oriundas do art. 109, II c/c o art. 105, II, "c", ambos da CRFB/1988, valendo ainda mencionar o art. 539 do CPC.

Aqui, algumas considerações são de **vital** observação, pelo que clamo máxima atenção com o tema. Analise-se.

O primeiro aspecto importante reside no fato de que, **mesmo tratando-se de execução fiscal municipal, o feito não se ajuíza na Justiça Estadual**. O critério eleito pelo constituinte para fixar a competência originária para julgamento leva em consideração **o perfil do executado**. Sendo ele um **Estado estrangeiro ou um organismo internacional**, o constituinte determinou que as ações sejam ajuizadas perante juízes federais.

Na verdade, e ainda dentro dessa primeira pontuação, a regra fixada pelo constituinte não se restringe aos executivos fiscais, apenas os incluindo no largo alcance de sua abrangência. Nesse sentido, determinou o constituinte que **nas causas em que forem partes, de um lado, um município brasileiro ou uma pessoa domiciliada ou residente no Brasil, e, no outro polo processual, um Estado estrangeiro ou organismo internacional**, **a competência para processo e julgamento é dos Juízes Federais**. Observe-se que a regra não traz qualquer restrição quanto à sua órbita de aplicação em razão da *natureza do processo*, pelo que é literalmente irrelevante a análise a respeito de saber se o caso envolve uma ação que impulsiona a formação de um processo de conhecimento, um

processo de natureza cautelar ou de essência executória. É literalmente irrelevante tal aspecto. O critério para fixar a competência federal é exclusivamente *ratio personae*, devendo-se observar unicamente **quem são as partes no processo**; se estas forem as que o dispositivo positivado indicou, estará fixada a competência federal. Nesse viés, havendo **ações de execução fiscal ajuizadas por um Município em face de um organismo internacional ou Estado estrangeiro,** restará determinada a competência federal, por força da regra do citado art. 109, II, CRFB.

Em tais ações, tributárias ou não, executivas ou não, da sentença prolatada pelo Juiz Federal, **não será cabível o recurso de Apelação para a segunda instância**, de sorte que **o único recurso cabível é o ROC endereçável ao próprio juiz da causa que, admitindo-o, o encaminhará para juízo meritório no STJ**. Observe-se que em tais causas, envolvendo tais litigantes, o constituinte promoveu a **supressão da segunda instância**, sendo certo que em processos compreendendo as partes mencionadas **o feito não tramita no TRF**, de modo que até mesmo as decisões interlocutórias são recorríveis por Agravos de Instrumento encaminhados diretamente ao STJ, conforme o próprio Superior Tribunal de Justiça já definiu. Nesse compasso, suprimida a segunda instância, os recursos interponíveis em face das decisões da primeira instância (interlocutórias ou sentenças) haverão de ser julgados no STJ. E assim o é na prática, devendo os Agravos e os ROCs ter julgamento de mérito no aludido Tribunal de superposição.

Um segundo ponto de fundamental digressão reside no fato de que, **caso o litigante a entrar em confronto com um organismo internacional ou Estado estrangeiro seja um Estado-membro (ou o Distrito Federal) da Federação brasileira, não se aplicam essas regras de competência originária e recursal, já que a hipótese será de competência originária no STF**, não havendo participação das instâncias inferiores em processos com tais personagens. Portanto, é de suma importância ter atenção no caso concreto para não confundir as regras de competência (e recursais) nas hipóteses em que se cogite de uma Ação de Execução Fiscal ajuizada contra um Estado estrangeiro por um Município ou por um Estado brasileiro; no primeiro caso (Município exequente) a ação será ajuizada na primeira instância, sendo julgada por um Juiz Federal e da sentença caberá interposição de Recurso Ordinário Constitucional para julgamento no STJ, encaminhado ao próprio Juiz Federal para que faça o juízo originário de admissibilidade e, conhecendo do recurso, o encaminhe para julgamento no Tribunal Superior de Justiça; já no segundo caso, em que seja exequente o Estado-membro da Federação (ou o Distrito Federal), a ação se ajuíza originariamente no STF e, quando muito, se for o caso, caberá apenas a interposição de Agravo Interno dentro do próprio STF, ou, evidentemente, Embargos Declaratórios. Lembremos, dentre outros exemplos reais que poderíamos aqui citar, para contextualizar, os problemas que ocorreram envolvendo Execuções Fiscais ajuizadas (indevidamente, frise-se) pelo Município e pelo Estado do Rio de Janeiro em face do Estado da Bolívia, cobrando impostos sobre imóveis e veículos de titularidade do referido Estado estrangeiro. Na execução munícipe, o feito correu na Justiça Federal e chegou ao STJ em sede de Recurso Ordinário Constitucional, porquanto na execução estadual a mesma se deu diretamente na Suprema Corte. Friso que se aplica para o Distrito Federal a mesma regra determinada para as execuções estaduais, e não aquela destinada às execuções municipais (art. 102, I, “e”, CRFB/1988).

Um terceiro ponto crucial a ser frisado no presente tópico é que esse **Recurso Ordinário Constitucional**, cabível nas execuções municipais em face de Estados estrangeiros ou organismos internacionais, tem **características similares** e, dentro do possível, segue **o mesmo procedimento aplicável à Apelação**, por força do disposto no art. 540 do CPC. Logo, podemos afirmar que **o prazo de interposição é o de 15 dias** (art. 508 c/c o art. 506, CPC), é recurso sujeito a **preparo** sob pena de deserção (art. 511, CPC), **salvo se o recorrente for a própria Fazenda Pública exequente** (regra de dispensa do preparo prevista no art. 511, § 1.º, CPC), o **duplo efeito** (devolutivo e suspensivo) peculiar aos apelos em geral será reconhecido *ope legis*, vide norma do art. 521, CPC, bem como, quanto à estrutura formal da petição recursal, a mesma deve, assim como se fosse uma Apelação, ser redigida nas tradicionais **duas folhas, a folha de rosto e a folha das "razões recursais"** (a primeira endereçada ao Juízo *a quo* e a segunda, ao Juízo *ad quem* – o próprio Juiz Federal e o STJ, respectivamente).

Um quarto e último comentário que merece registro diz respeito ao próprio mérito em que o direito material tributário eclode nessas causas. Em tais situações, é assente na jurisprudência do STF que **os Estados estrangeiros e os organismos internacionais não se submetem à incidência de tributos no Brasil**, desde que seus bens, rendas e serviços estejam vinculados nas suas atividades consulares e diplomáticas, vide reconhecimento de um benefício oriundo de normas de direito internacional público, advindas das **Convenções de Viena de 1961 e 1963**, gerando o benefício que se apelidou de **imunidade de jurisdição e de execução**. O Brasil é signatário de tais tratados pelo que não pode tributar nem mesmo deveria demandar os Estados que também sejam signatários dos aludidos acordos, assim como organismos por eles protegidos. Observe-se (fundamental atenção agora!) que **não se trata, em momento algum, da chamada "imunidade recíproca" prevista no art. 150, VI, "a", da Constituição, mas sim de benefício diverso, decorrente de TRATADO INTERNACIONAL, de natureza infraconstitucional, regido pelo Direito Internacional Público, que alcança todos os tributos** (diferente da nossa interna "imunidade recíproca" que alcança apenas impostos e se aplica em relação aos entes federativos) e que **se chama de imunidade de jurisdição e de execução**. Vale a leitura do **art. 23 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas e do art. 32 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares** (Convenções de 1961 e 1963).

Vale a leitura de alguns importantes julgamentos no tema, a destacar algumas **Ações Cíveis Originárias** julgadas pelo STF, a destacar a **ACO AgR 543**, assim como a **ACO AgR 663**. Recomendada, ainda na órbita da jurisprudência selecionada do STF, também a leitura do **RE 222.368 AgR/PE.**

Já no âmbito do **STJ** recomendo a leitura do **AgRg no RO 105/RJ** e no **RO 43/RJ** (servindo, ambos os precedentes, inclusive, para demonstrar casos concretos de Recursos Ordinários Constitucionais na matéria comentada).

3. RECURSOS DE DECISÕES PROLATADAS NA SEGUNDA INSTÂNCIA

3.1. Noções iniciais essenciais

Das decisões proferidas em sede de execução fiscal pelos Tribunais de segunda instância, sejam os Tribunais de Justiça (Justiça Estadual) ou os Tribunais Regionais Federais – TRFs (Justiça Federal), também é possível que se possam interpor alguns recursos, por via dos quais se torna viável questionar o acórdão exarado. Cinco podem ser os recursos cabíveis, a saber: Agravo Regimental, Embargos Declaratórios, Embargos Infringentes, Recurso Especial e Recurso Extraordinário. Os três primeiros, interponíveis no Tribunal para julgamento exercido pelo próprio Tribunal. O Recurso Especial, interponível no Tribunal para julgamento no STJ, e o Recurso Extraordinário, interponível no próprio Tribunal local (assim como em todos os outros quatro casos), mas com encaminhamento para julgamento no STF, único órgão legitimado a julgar os Recursos Extraordinários. Aprofundemos.

Para que um processo correlato a uma execução fiscal seja levado a julgamento no TJ ou no TRF, por força de interposição de recurso, como regra, a questão recorrenda chega ao Tribunal por via de *Agravo de Instrumento* ou de *Apelação*, a depender se o questionamento formulado no recurso se dá diante de uma *decisão interlocutória* ou de uma *sentença*, sendo que, no caso de sentença, desde que a causa tenha valor superior a 50 ORTN, pois, como visto nos tópicos anteriores, se a dívida exequenda tivesse valor correspondente ao teto de até 50 ORTN no tempo do ajuizamento da ação, o recurso cabível contra a sentença seria o recurso de Embargos Infringentes de Alçada para julgamento pelo próprio juiz, caso em que não caberia a subida do processo ao TJ ou TRF por via recursal, restando inadequada a apelação. Logo, concluindo a pontuação ora apresentada, de se constatar que para que uma ação de execução fiscal ajuizada na primeira instância, para julgamento originário de modo singular pelo juiz competente, para a que se atribui competência para processamento e julgamento das execuções fiscais, suba aos Tribunais por intermédio de recurso, ou será por força de um agravo de instrumento interposto diante de decisão interlocutória proferida pelo juiz da causa, ou por via de apelação interposta diante de sentença quando a causa for de valor superior a 50 ORTN.

Chegando ao Tribunal o Agravo de Instrumento, ou a Apelação, caberá ao mesmo julgá-los. E desses julgamentos, ora da peça agravante, ora do apelo comum, também podem caber recursos, interponíveis pela parte a quem a decisão desfavoreça. E esses serão os recursos que se interpõem na segunda instância. Como antecipado, podem ser cinco espécies de recursos, e, pedindo vênia para a reprise, com o fim de fixar a memorização, rememoro que são eles o *Agravo Regimental,* os *Embargos Declaratórios*, os *Embargos Infringentes*, o *Recurso Especial para o STJ* e ainda o *Recurso Extraordinário para o STF*. Passemos a analisar.

3.2. Agravo regimental ou interno (“Agravinho”)

Falemos, primeiramente, do Agravo Regimental. Nas hipóteses em que o Desembargador relator decide monocraticamente, a depender de qual a decisão e em que circunstâncias ela tenha sido proferida, pode ser cabível a interposição de Agravo interno dentro da própria Câmara (Tribunal de

Justiça) ou Turma (TRF), para que a decisão se submeta a uma reanálise pelo colegiado. Tal recurso não sai da própria Câmara (ou Turma), pelo que é chamado de Agravo "interno"; como é cabível nas hipóteses regulamentadas no próprio regimento interno do Tribunal, é também chamado de Agravo "Regimental". Sua previsão no CPC é estreita, havendo, todavia, alguns dispositivos que fazem expressa menção a seu uso, como é o caso dos arts. 120, parágrafo único, 532, 545 e 557, § 1.º, sendo que o prazo de interposição normalmente é de 5 dias, conforme se nota nos próprios dispositivos do CPC ora citados. Perceba-se, por fim, que esse recurso é interponível para o próprio Desembargador Relator, com pedido que ele o encaminhe para julgamento na Câmara (TJ) ou Turma (TRF), caso não se retrate, hipótese em que não é necessário remeter o agravinho para o colegiado, em face do exercício da retratação.

Por fim, registremos que somente nos depararemos com o Agravo Regimental em sede de execução fiscal nos casos em que o processo chegue à segunda instância, e, evidentemente, quando estejamos diante de situação fática em que o Desembargador Relator decidiu monocraticamente, bem como desde que o regimento interno do Tribunal determine o cabimento do Agravo Interno.

3.3. Embargos infringentes

Comentemos agora os casos de interposição de Embargos Infringentes na segunda instância. Em preliminar, essencial registrar que os Embargos Infringentes, como aqui falaremos, afeiçoam-se como recurso completamente distinto daquele que a LEF chamou de "Embargos Infringentes" no seu art. 34, o qual terminamos por chamar de "Embargos Infringentes de Alçada" ou ainda "Embargos Infringentes de Sentença em Execução Fiscal". Como já colocado nos tópicos anteriores, em profunda infelicidade, o legislador, ao redigir a Lei 6.830/1980, nominou o recurso para questionar sentenças em execuções de pequeno valor (alçada) com a alcunha de "Embargos Infringentes". Por força dessa lamentável impropriedade, existem dois recursos totalmente distintos e que recebem o mesmo nome. Os tradicionais Embargos Infringentes, tutelados no art. 530 do CPC e seguintes, nada têm a ver com os Embargos Infringentes de Alçada previstos na LEF, sendo peças recursais com cabimento distinto, processamento diferente, requisitos de admissibilidade desiguais, como já avaliado em tópicos pretéritos. Apenas para fins de lembrança, e para tanto, pedindo paciência ao leitor pela repetição, rememoramos que os Embargos Infringentes do CPC podem ser interpostos em prazo de quinze dias, porquanto o que está regulado na LEF tem menor tempestividade, qual seja, dez dias; o recurso infringente do Código de Processo Civil depende do regular preparo, o que se dispensa na peça impugnante prevista na lei de execuções fiscais; pelo CPC, o recurso ali tutelado propicia que se questionem julgamentos proferidos em sede de apelação ou o julgamento de ações rescisórias; já os embargos infringentes de alçada legitimam o questionamento de sentenças; o recurso do CPC se interpõe diretamente nos Tribunais, sendo no mesmo órgão o julgamento; os embargos de alçada se interpõem na primeira instância, perante o próprio juiz singular da causa, e é ele mesmo quem julga; os embargos infringentes do CPC questionam decisões prolatadas em acórdãos e seu julgamento se formaliza mediante prolação de um novo acórdão, porquanto os embargos infringentes de alçada do art. 34 da LEF questionam uma sentença e tem sua decisão

prolatada em uma nova sentença, ainda que seja essa última de natureza *sui generis*, por ser sentença proferida em julgamento de recurso, algo realmente especial e diferente (acórdão é o nome que se dá ao instrumento que formaliza os provimentos proferidos em Tribunais, pelo que não se pode chamar de acórdão o termo em que se prolata a decisão nos embargos de alçada, exarados por juiz monocrático em primeira instância); os embargos infringentes do CPC somente se interpõem diante de decisões não unânimes, divergentes, e sempre colegiadas, porquanto os embargos de alçada da LEF se interpõem, como dito, de decisões monocráticas, singulares, não havendo que falar em não unanimidade; por fim, os embargos infringentes do CPC podem ser interpostos independentemente do valor da causa; sendo caso para seu cabimento, é irrelevante o valor da causa, não existindo alçada para delimitar o âmbito do cabimento ou não cabimento de sua interposição, alçada essa que é da essência do recurso tutelado na lei de execuções fiscais, o qual somente se interpõe quando se trata de processos que envolvem causas de pequeno valor (até 50 ORTN). Perceba-se, portanto, que são muitas as diferenças entre as duas peças recursais, ainda que, lastimavelmente, ambas tenham sido tratadas com a mesma nomenclatura.

Passamos a abordar aqui neste tópico os Embargos Infringentes previstos no CPC, os quais, por certo, se apresentam como recurso interponível na segunda instância, e não na primeira instância. Quanto a tal instituto, essa espécie de recurso tem cabimento bem restrito, sendo manuseável apenas em duas situações, ambas estampadas expressamente no art. 530 do CPC.

A primeira dessas hipóteses trata do questionamento de alguns julgamentos proferidos em recurso de apelação; a outra, cuida de certos julgamentos prolatados em sede de ação rescisória. Em ambos os casos, cuida-se de julgamentos em que houve uma divergência de entendimento entre os membros integrantes do órgão colegiado julgador na segunda instância, de sorte que a decisão proferida no julgamento da apelação ou da ação rescisória ajuizada não se deu à unanimidade. Nesse viés, a situação fática evidencia um julgamento em que dois desembargadores adotaram um entendimento e o terceiro teve posicionamento diverso, tendo ficado vencido, prolatando voto favorável à parte que terminou derrotada no julgamento final. Ou seja, cuida-se de situação extremamente comum nas decisões colegiadas, qual seja, aquela em que a decisão se dá sem unanimidade de entendimento. Essa divergência dentro da Câmara (TJ) ou Turma (TRF) levando a uma decisão final não unânime é pressuposto essencial para o cabimento dos Embargos Infringentes previstos no CPC, que realmente só interponíveis apenas diante de decisões não unânimes, tanto quando se fala do julgamento de apelações quanto de ações rescisórias.

Acresça-se, também, que, no que tange ao julgamento de apelações, seguindo-se a linguagem do CPC, não basta, para que caiba o questionamento do acórdão julgador do apelo por via de Embargos Infringentes, que se tenha a decisão não unânime, sendo necessária, ainda, a observância de algumas características especiais nesse julgamento de não homogêneo entendimento. É que o art. 530 do CPC, ao regular seu cabimento, afirma que o mesmo se dá diante de situações em que a decisão não unânime ***"reforma"*** sentença ***"de mérito"***. Ou seja, se levarmos a ferro e fogo a linguagem textualizada, apenas nas hipóteses de *reforma* (e não de *anulação*) da sentença no julgamento do apelo, caberia a interposição dos Embargos Infringentes, e desde que a sentença *reformada* fosse

uma sentença *de mérito*. Nesse viés, para que fossem cabíveis os Embargos Infringentes seria necessária a cumulação de pelo menos três requisitos: a) sentença que enfrentou o mérito; b) apelação interposta pedindo a *reforma* da sentença e não a anulação (alegando *error in judicando* e não *error in procedendo*); apelação julgada com decisão não unânime (dois votos vencedores contra um voto vencido).

Transcrevo o art. 530 do Código de Processo Civil para leitura:

CPC, Art. 530: "Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência".

Frisamos que é elementar para o cabimento dos Embargos Infringentes interpostos diante de julgamento de apelação que nesse julgado se tenha ***reformado*** a sentença de mérito, e não anulado. O STJ vem sendo contundente em negar o cabimento dos Infringentes se o caso versar sobre apelação que foi julgada procedente para *anular* a sentença. Vale a leitura do importante julgado prolatado ao final de 2012 na Segunda Turma, com relatoria do Ministro Humberto Martins, o qual tem ementa elucidativa, a qual transcrevemos:

Processual civil. Violação do art. 530 do CPC. Acórdão que, por maioria, anula sentença. Não cabimento dos embargos infringentes.

1. O art. 530 do CPC dispõe que "cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória".

2. Portanto, para o cabimento dos embargos infringentes, deve haver uma reforma da sentença de mérito. O juízo de reforma, mediante um julgamento em que se reconhece um *error in judicando*, não se confunde com o juízo de anulação, em que há a constatação de *error in procedendo*.

3. O juízo de anulação jamais poderia levar à reforma da sentença, pois, em razão dele, esta deixaria de existir. Não há a substituição da sentença pelo acórdão, mas simplesmente a decretação da sua inexistência jurídica em razão da nulidade processual.

4. Assim, quando a lei condiciona a interposição dos embargos infringentes à reforma da sentença de mérito, não inclui a situação na qual o acórdão exerce um juízo de anulação, ainda que proferido em processo de execução. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1296769/AL, Rel. Min. Humberto Martins, 2.ª Turma, j. 13.11.2012, *DJe* 20.11.2012).

No que tange ao aspecto de ser sentença ***de mérito***, importante perceber que é necessário que se trate de ***sentença definitiva***, e não de sentença meramente terminativa. Quando a sentença extingue o processo sem julgamento de mérito, ainda que a decisão seja reformada em apelação com julgamento não unânime, como regra, não caberá a interposição de Embargos Infringentes diante desse julgamento, por se tratar de reforma de uma sentença ***terminativa***.

O STJ também vem agindo com certo rigor para vedar o acesso aos Infringentes nas hipóteses em que a sentença é puramente terminativa, inconfundivelmente terminativa, sem sequer ter adentrado na discussão de mérito, como ocorre quando se acolhe preliminar de carência de ação. Vale a leitura, também, do importante julgado emanado da Segunda Turma do STJ em agosto de 2012, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, cuja ementa transcrevemos:

Processual civil. embargos infringentes. Sentença terminativa. Reforma pelo Tribunal por maioria. Não cabimento.

1. **Descabem Embargos Infringentes *in casu*, pois a sentença foi terminativa, em razão de os autores serem carecedores de ação por falta de interesse de agir, por inadequação ao comando do art. 530 do CPC, que exige que o Tribunal *a quo*, por maioria, reforme a sentença de mérito.**

2. O processo foi extinto sem julgamento de mérito, tendo-se acolhida a preliminar de não demonstração de causa de pedir e de interesse processual. Na apelação apenas dois desembargadores afastaram essa preliminar e julgaram procedente o pedido meritório. O revisor do processo votou no sentido de manutenção da sentença, sem adentrar o mérito da questão.

3. Logo, percebe-se que o caso dos autos não guarda similitude fática com nenhum dos precedentes colacionados pelo agravante, em que foi admitido o cabimento de Embargos Infringentes, quando o Tribunal, no julgamento da apelação, afasta a extinção do processo e aplica a regra do art. 515, § 3.º, do CPC. Nessas hipóteses, o Tribunal local reforma a sentença terminativa, e a divergência restringe-se ao mérito da matéria, o que não ocorreu.

4. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1325879/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, 2.ª Turma, j. 21.08.2012, *DJe* 03.09.2012).

Para que possamos falar de interposição de Embargos Infringentes em uma ação de execução fiscal em andamento, seria necessário que estivéssemos tratando de execução com dívida em valor acima de 50 ORTN (para que fosse cabível recurso de apelação, e não de embargos infringentes de alçada), com sentença prolatada pelo juiz da execução julgando o mérito (o que por si só já desafia imensa controvérsia na doutrina, por existir entendimento robusto no sentido de que em execução não haveria um "mérito" propriamente dito) e cometendo um *error in judicando*; diante de tal sentença, favorável ao exequente ou ao executado (ex.: julgando procedentes os embargos à execução fiscal ou acolhendo exceção de pré-executividade para extinguir a execução fiscal), sendo interposto recurso de apelação e sendo o mesmo julgado procedente para reformar a referida sentença, com votação não unânime, torna-se cabível o manuseio dos Embargos Infringentes pelo apelado que viu a sentença que lhe favorecia ser reformada, interpostos no próprio Tribunal, para tentar sensibilizar um dos dois desembargadores que votaram a favor da reforma da sentença de mérito para que volte atrás e modifique seu entendimento, restabelecendo a sentença meritória.

3.4. Embargos declaratórios

Havendo obscuridade, contradição ou omissão no julgamento proferido no TJ ou no TRF, o acórdão pode ser questionado mediante a interposição dos Embargos Declaratórios, buscando-se, nos casos de obscuridade ou contradição, o esclarecimento do provimento deferido, e, nos casos de omissão, a integração da lacuna no julgamento exarado. O cabimento está previsto no art. 535 do CPC.

Oportuno registrar que o prazo para cabimento dos Aclaratórios é menor do que os tradicionais quinze dias aplicáveis aos recursos em geral, bem como que os dez dias para interposição do agravo de instrumento, sendo o lapso temporal tolerado restrito a cinco dias, conforme se depreende da regra fincada no art. 536 do *Codex Processual* maior. Acresça-se que, conforme o mesmo dispositivo, na interposição de tal modalidade de recurso fica o recorrente dispensado do ônus da realização do preparo, restando inaplicável a regra do art. 511 do CPC que exige tal dispêndio financeiro, semelhante ao que ocorre no Agravo Retido e nos Embargos Infringentes de Alçada, recursos que também independem de preparo, restando diminuído o campo dos requisitos extrínsecos de admissibilidade recursal.

Nas execuções fiscais tramitando em Tribunais, os Embargos Declaratórios podem ser interpostos tanto diante de julgamentos de apelações como de agravos de instrumento. Logo, se o exequente ou o executado recorreram de certa decisão interlocutória, interpondo agravo de instrumento diretamente para o Tribunal, julgado esse agravo, pode ser interposto o recurso declaratório ora em tela, se configurada uma das três hipóteses de cabimento (obscuridade, contradição ou omissão), assim como

também julgada a apelação interposta diante de sentenças em causas de valor superior a 50 ORTN e existindo um dos mesmos três vícios, torna-se cabível o mesmo recurso esclarecedor.

3.5. Recursos excepcionais: REsp para o STJ e REXT para o STF

Quando uma Ação de Execução Fiscal esteja em vias de alcançar o trânsito em julgado da sentença na justiça estadual ou federal e não se revele cabível mais qualquer dos recursos ordinários manuseáveis, poder-se-á ter hipótese de cabimento de interposição dos chamados **Recursos Excepcionais**, de natureza **objetiva**, por via dos quais pode se levar o feito, especialmente dentro dos limites da matéria devidamente **prequestionada**, ora ao **STJ**, ora ao **STF**. Trata-se, no caso, dos chamados **Recurso Especial e Recurso Extraordinário**, de julgamento de mérito no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, respectivamente.

Fundamental registrar que, para que caiba a interposição de tais recursos, **todos os requisitos de admissibilidade** (intrínsecos e extrínsecos) **devem estar observados**, assim como em qualquer recurso. A questão especial é que, como sabido, nessas duas modalidades recursais **não basta a observância dos requisitos genéricos de admissibilidade recursal** (cabimento, legitimidade, interesse, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer, tempestividade, preparo e regularidade formal), sendo ainda imprescindível que sejam obedecidos os chamados **requisitos específicos de admissibilidade** que a Constituição e a legislação processual impõem no controle de aceitação dessas modalidades recursais.

Na linha do exposto, elementar, portanto, que, tanto quanto a um como ao outro recurso excepcional em comento, **seja o RE ou o REsp,** se tenha consumado o **esgotamento das vias recursais cabíveis**, bem como se tenha realizado regularmente o **prequestionamento da matéria** (não sendo viável a pretensão de inovação em matéria fática, probatória e meritória) e, quando se trate do **Recurso Extraordinário**, que haja na causa a chamada **repercussão geral da questão constitucional,** a qual deve, inclusive, ser alegada preliminarmente na peça das razões recursais do recurso extremo endereçável ao Pretório Excelso (art. 102, § 3.º, CRFB/1988 c/c o art. 543-A, CPC).

Importante lembrar que o Recurso Especial somente é cabível em face de Acórdãos prolatados no TJ ou no TRF, não havendo a mesma restrição quanto ao Recurso Extraordinário, o qual pode, a título de exemplo, ser interposto em face de decisões em Juizados, em outros Tribunais e até mesmo nas causas de alçada, como ocorre com o Recurso Extraordinário que se interpõe para questionar sentenças prolatadas por juízes que, julgando execuções fiscais, prolatam sentenças julgando o recurso de Embargos Infringentes de Alçada. Não obstante mais amplo o campo de cabimento do RE, unívoca a certeza de que ele também pode ser interposto diante de acórdãos exarados nos TJs e TRFs, quando mais nenhum recurso se torne cabível e haja a plena adequação para seu manejo.

Constate-se, portanto, que pode o advogado se deparar com hipóteses em que uma execução fiscal esteja sendo apreciada em um TJ ou TRF e não caiba mais qualquer recurso em face do último acórdão prolatado no Tribunal, estando esgotado todo o devido processo legal dentro da órbita da

justiça local (estadual ou federal, sendo o caso), de sorte que a continuidade do processo, se possível, somente será viável em razão do eventual cabimento de um dos dois recursos excepcionais em apreço.

Na prática, o que o advogado deve analisar, com extremo zelo, é se **o conteúdo da decisão proferida no último acórdão prolatado no Tribunal** tem **adequação ao disposto nas alíneas do art. 102, III, ou art. 105, III, ambos da CRFB/1988**. Em outras palavras, é dizer: não cabendo mais qualquer recurso, estando o processo caminhando no prumo inafastável da coisa julgada, sendo a única opção cabível a tentativa de uma decisão mais favorável no STJ ou STF, o advogado deve analisar se o caso concreto expõe uma decisão que tenha o perfil (em razão de seu conteúdo) definido no art. 102, III (em que nas alíneas "a", "b", "c" e "d", o constituinte determina quais as decisões que em razão de seu conteúdo podem ser questionadas mediante interposição de Recurso Extraordinário) ou no art. 105, III (em que as alíneas "a", "b" e "c", especificam os *decisuns* que são passíveis de insurgência mediante Recurso Especial). Havendo a adequação, torna-se possível a interposição do recurso excepcional.

4. RECURSOS DE DECISÕES PROLATADAS NA "INSTÂNCIA" SUPERIOR. RECURSOS DE PROVIMENTOS DO STJ

Chegando um processo relativo a uma execução fiscal no STJ, o mesmo, por certo, chegará por meio da interposição de **Recurso Especial**, diante de decisão proferida em Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal. Tal regra pode ser excepcionalmente afastada nos casos do **Recurso Ordinário Constitucional** comentado nos itens anteriores, referentes a execuções fiscais municipais ajuizadas em face de organismo internacional ou Estado estrangeiro. Salvo essa última hipótese, realmente o caminho para que o feito executivo chegue ao STJ seria o **Recurso Especial.**

A competência recursal do STJ é definida no art. 105 da Carta, nos incisos II (competência para julgar Recursos Ordinários) e III (competência para receber Recursos Especiais). Fácil perceber que a delimitação aposta no inciso II restringe o manuseio dos Recursos Ordinários para situações relacionadas com o uso de remédios constitucionais, na tutela de direitos fundamentais, e, salvo o caso do conflito internacional descrito na alínea "c" do aludido inciso segundo, realmente não se verá o ROC levando executivos fiscais para o STJ. Daí que, na prática, para que os advogados tributaristas atuem em sede de execução fiscal no âmbito de competência jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça, possivelmente o fato decorrerá da interposição de Recurso Especial em face de acórdãos prolatados nos TJs ou TRFs e no bojo de processos referentes a Embargos à Execução Fiscal.

Em tais circunstâncias, restando respeitados todos os requisitos de admissibilidade do "REsp", o mesmo pode levar o processo para o STJ.

Importante rememorar que, para falarmos do cabimento do recurso excepcional endereçável para julgamento no STJ, deveremos, **necessariamente,** estar sempre nos referindo a uma decisão

proferida em **Tribunal de Justiça ou TRF** (só cabe interposição de Recurso Especial para questionar acórdãos prolatados em tais órgãos jurisdicionais, máxime norma do art. 105, III, CRFB/1988). Indo além, a questão ventilada deve ter sido **prequestionada** nas instâncias *a quo,* e, obviamente, a decisão atacada deve, em razão de seu conteúdo, se enquadrar no descrito em uma das **alíneas previstas no art. 105, III**, em que se definem as causas específicas de admissibilidade do Recurso Especial. Respeitados esses requisitos, a execução fiscal sobe do TJ ou do TRF (se ajuizada na Justiça Estadual ou Federal, respectivamente) para o STJ.

Chegando ao STJ, que termina, na prática, atuando como terceira instância da estrutura organizacional do Poder Judiciário brasileiro (a chamada "instância superior" abrange os Tribunais Superiores das Justiças Especializadas TST, TSE e STM; tem sido assente o entendimento de reconhecer o STJ como uma "especial" terceira "instância"), o recurso, caso admitido, merecerá uma decisão de mérito, prolatada pelo órgão interno do STJ responsável pelo julgamento, que, em regra, é uma das Turmas. Tratando-se de execução fiscal, matéria de direito público, o Recurso Especial possivelmente tramitará na Primeira ou Segunda Turma, a depender da distribuição. E em uma dessas duas Turmas, na qual seja apreciado o REsp, será proferido um acórdão julgando o recurso, caso, é claro, o mesmo seja, como suprafrisado, admitido (o STJ faz novamente o juízo de admissibilidade, mesmo este já tendo sido feito pelo Tribunal *a quo*). No julgamento (exercício do "Juízo de Mérito"), pode ser que a Turma "dê" ou "negue" provimento ao Recurso. "Dar provimento" significa acolher o pleito do recorrente, concordando-se com as alegações e deferindo o pedido de reforma (ou anulação) do acórdão atacado. Em outras palavras, equivaleria a dizer, pedindo vênia pela imperfeição da linguagem, que "o recurso foi julgado procedente" (na verdade, o que se julga procedente – ou improcedente – é a ação; ao recurso se dá provimento – ou se nega). Negar provimento significa não deferir o pedido feito, mantendo-se a decisão questionada pelo recurso. Dessa decisão prolatada também é possível que se tenha a interposição de recursos. E estes, sim, são os recursos que se interpõem na "terceira instância", **os recursos interponíveis das decisões exaradas no Superior Tribunal de Justiça.**

Julgado o mérito recursal no Recurso Especial interposto em processo de execução fiscal, quatro recursos podem ser manuseados em um caso concreto. O Agravo Regimental (chamado também de "Agravo Interno"), os Embargos Declaratórios, os Embargos de Divergência em Recurso Especial e, por fim, sendo o caso, o Recurso Extraordinário para o STF. Observe-se que os três primeiros recursos citados são interponíveis da decisão do STJ *para julgamento pelo próprio STJ*, e o último, a toda evidência, será interposto da decisão do STJ *para julgamento no STF*. Em outras palavras, das decisões proferidas no STJ, quatro recursos são cabíveis, três deles fomentando novo julgamento na própria "instância" superior, e apenas um, o Recurso Extraordinário, promovendo a subida do julgamento para a "instância" excelsa, última, suprema, cabendo ao STF o julgamento, em sede de RExt, da decisão estampada no acórdão prolatado no julgamento do Recurso Especial.

Quando o julgamento do REsp se der de modo monocrático pelo Ministro Relator, dentro da Turma, pode caber, respeitados os requisitos específicos de admissibilidade traçados no Regimento Interno do STJ, o *Agravo Regimental* para a decisão proferida em acórdão monocrático ser apreciada na Turma de modo colegiado. É o *agravinho,* ou, *agravo interno*.

Quando o problema for a obscuridade, omissão ou contradição no texto (ou nas ideias) estampadas na fundamentação da decisão proferida no acórdão de julgamento do REsp, pode ser interposto o recurso de Embargos Declaratórios, nos termos dos arts. 535 a 538 do CPC.

Em outra frente, possível que, no julgamento do REsp, a parte desfavorecida com a decisão proferida (o próprio recorrente ou o recorrido, no caso de não provimento ou provimento do recurso, respectivamente) demonstre uma *divergência* dessa decisão com outra decisão proferida no próprio STJ, em caso que aborde a mesma matéria, a mesma situação fática. Ora, se realmente existir a divergência, a parte prejudicada pela decisão *divergente* ora proferida, que colide com aquela que se colaciona como paradigma de comparação, poderá interpor o recurso de Embargos de Divergência em Recurso Especial, nos termos do art. 546, I, do CPC. Logo, se existe uma decisão na mesma matéria, divergente, proferida por outra Turma da casa, pela Seção ou pelo Órgão Especial, é viável a interposição do recurso em apreço, tentando-se a obtenção da reforma da decisão proferida no REsp e objetivando-se que a decisão proclamada no acórdão paradigma seja aplicada no caso concreto, substituindo a que está sendo impugnada.

Por fim, além desses três recursos acima citados, todos eles interponíveis no próprio STJ, é possível, ainda, em certas situações específicas, o cabimento de interposição de Recurso Extraordinário para julgamento no STF. Sendo o caso, o Recurso é interposto perante o próprio órgão julgador do STJ para que este faça o juízo de admissibilidade (checando se realmente os requisitos para cabimento e processamento do RExt estão cumpridos), e, verificando pela admissibilidade, *conheça* do recurso e o encaminhe para julgamento no colendo STF, órgão *ad quem* a quem incumbirá o julgamento do pleito recursal, exercendo o *juízo de mérito*.

Registre-se que, para que caiba a subida do RExt do STJ para o STF, todos os requisitos gerais e específicos necessários para cabimento de interposição de Recurso Extraordinário devem estar respeitados, destacando-se que deve haver o *prequestionamento* da matéria constitucional, deve haver a repercussão geral no feito, deve existir uma ofensa direta à Constituição com o julgamento do Especial no STJ, deve ocorrer a efetivação do regular preparo, respeito à regularidade formal na redação da peça recursal extrema, e, evidentemente, adequação a uma das hipóteses descritas nas alíneas do art. 102, III, da Constituição, sem o que não é viável a interposição de Recurso Extraordinário para provocar o STF a julgar a decisão que se pretende questionar. Observados todos os requisitos devidos, aí, sim, torna-se cabível a interposição do Recurso Extraordinário para o STF e a execução fiscal pode chegar até a última instância da estrutura organizacional do Poder Judiciário brasileiro.

Por fim, após todo o exposto, conclua-se que das decisões proferidas na terceira instância, a instância superior, no STJ, podem ser cabíveis quatro tipos de recursos, três deles para julgamento no próprio STJ e o último no STF. Todos eles são interponíveis no próprio STJ, perante o órgão julgador que prolatou a decisão questionada pelo recurso interposto. A diferença é que em três desses quatro recursos o próprio STJ exerce o juízo de mérito e julga o recurso, porquanto no quarto desses recursos, o Recurso Extraordinário, o STJ apenas recebe o recurso, para, admitindo-o, após exercer o juízo de admissibilidade, encaminhar para julgamento no STF, a quem incumbirá, como

destacado acima, o exercício do juízo meritório, avaliando o pleito recursal e conhecendo ou não do recurso, para reformar ou não a decisão exarada no bojo do recurso especial atacado.

5. RECURSOS DE DECISÕES PROLATADAS NO STF. AQUELA QUE VEM SENDO ACEITA COMO, DE FATO, "A QUARTA E ÚLTIMA INSTÂNCIA"

Preliminarmente, friso que, ao alvedrio da não aceitação unânime na doutrina, usaremos a expressão "quarta instância" para nos referirmos ao campo de atuação jurisdicional do STF, especialmente em sede recursal. Mesmo respeitando aqueles que sustentam somente existirem três instâncias na estrutura da organização judiciária brasileira, duas delas nas chamadas "justiças locais" (Justiça Federal e Estadual) e uma terceira nas "justiças especializadas" (envolvendo o TST, TSE e STM), negando que o STJ e o STF (Tribunais de Superposição) sejam considerados como "instâncias", o fato é que **na prática** o que se testemunha é uma inequívoca atuação dos Tribunais maiores como, sim, uma terceira e uma quarta instância, especialmente em razão do bombardeio de processos que chegam em sede recursal aos dois órgãos mais elitizados e não vinculados formalmente às instâncias *a quo*, para que tais casas maiores atuem reformando, anulando ou mantendo decisões proferidas nesses processos. Por assim ser, optamos por seguir linguagem que evidencia a realidade prática, mesmo sabendo não haver simpatia de sensível parte da doutrina que alude ser incorreto equiparar o STF e o STJ a uma terceira e quarta instâncias, respectivamente. Assim sendo, feito o registro, prossigamos.

Normalmente, três são os tipos de recursos que se interpõem contra decisões exaradas no próprio STF: o Agravo Regimental, diante de atos de julgamentos dos Ministros Relatores, quando agem monocraticamente, submetendo o julgado a reapreciação do Órgão (que pode ser a própria Turma ou, em certos casos, o Plenário); os Embargos Declaratórios, quando a decisão é omissa, obscura ou contraditória; e, ainda, os Embargos de Divergência em Recurso Extraordinário, quando o recorrente demonstra que o julgamento que lhe foi desfavorável em sede de recurso extraordinário está em linha direta de colisão com outro entendimento, oposto, que lhe favorecia, também proferido na Casa, na mesma matéria. Com os Embargos de Divergência, tenta reverter a decisão que lhe foi desfavorável demonstrando que a tese que lhe interessa foi aplicada em outro julgamento, na mesma matéria, pedindo que se uniformize o entendimento exatamente com base nesse outro posicionamento, proferido no julgado colado como o paradigma para que se tente fazer a equiparação.

Oportuno lembrar que não há uma quinta instância na estrutura do Poder Judiciário brasileiro, de sorte que a Suprema Corte, que atua como quarta instância, é a última, pelo que se torna evidente que os recursos interpostos diante de suas decisões serão julgados pelo próprio Supremo Tribunal Federal, já que nenhum outro órgão do Judiciário tem poder jurisdicional para julgar e reformar (ou anular) as decisões do STF. Atente-se, por fim, que nem mesmo o CNJ tem função jurisdicional, não lhe sendo outorgada competência para atuar em sede recursal, julgando os julgamentos do STF para fins de decidir o mérito com poder de reforma ou anulação. Aliás, assim como o CNJ, nenhum outro órgão tem esse poder.

Por fim, válido frisar que, tratando-se de execução fiscal, para que o processo chegue ao Supremo Tribunal Federal, somente o seria por via de interposição de recurso extraordinário, afinal, o STF não apreciará em sede de recurso ordinário processos relativos a execuções fiscais, pois não há adequação entre os executivos e a competência recursal ordinária traçada para o STF no art.102, II, da Constituição. Logo, para que suba ao Supremo um processo de natureza executiva, somente se estiverem respeitados todos os pressupostos genéricos e específicos para o cabimento do recurso extraordinário e este tivesse sido regularmente proposto. A questão teria que versar sobre tema constitucional, deveria ter passado pelo esgotamento de todos os recursos cabíveis nas instâncias locais, teria que consagrar uma ofensa direta (e não meramente "reflexa") à Constituição, deveria ter repercussão geral e, logicamente, além de ter sido feito o devido *prequestionamento* da matéria constitucional, o *case* deveria estar enquadrado em uma das alíneas do art. 102, III, da CRFB/1988.

CAPÍTULO V
EMBARGOS DE TERCEIRO

1. NOÇÕES INICIAIS

Não raro nos deparamos com ocasiões em que certa pessoa é surpreendida com a desconfortável situação em que sofre constrição judicial sobre bem de sua titularidade, em razão de ordem expedida por determinado juiz, em um processo em que não atua nem como autora sequer como ré, mas que, por um equívoco, sofre a turbação ou o esbulho na posse de bem seu, exatamente em decorrência desse ato judicial, emanado da ação que envolve outras pessoas, ato esse que terminou por efetivar uma constrição na coisa, violando a integridade da posse do legítimo dono, e tudo isso para assegurar interesses de outros, os litigantes no processo principal.

Ou seja, em uma demanda em que duas pessoas litigam, termina-se em erro por se agredir bem de outra pessoa, que, não tendo nenhuma relação com a contenda e com os interesses dos litigantes, acaba por ter sua posse injustamente afetada, tornando-se carecedora do acesso a um remédio de proteção possessória que possa restabelecer a normalidade da sua posse.

Muito comumente testemunhamos, em processos de execução, o ato de penhora efetivando-se sobre bem que não pertence ao executado, mas sim a um terceiro, que não tem qualquer relação com a dívida exequenda cobrada pelo autor exequente, não sendo seu devedor nem garantidor, mas que sofre o dissabor de ver seu bem agredido sem que haja qualquer fundamento justo e razoável para tal feito. Muitas vezes, o fato decorre de erro do próprio executado, que, em vez de indicar bem seu, designa bem alheio para garantir a execução contra si proposta. Em outras ocasiões, o erro é imputável ao exequente, que aponta, em erro, bem que pertence a outrem para ser penhorado, acreditando ser de titularidade do executado. Nas situações em comento, independentemente de quem tenha sido responsável pelo erro, induzindo o ato viciado do Judiciário, a verdade é que o terceiro que não tinha nada a ver com o problema, mas que teve seu bem agredido e sua posse esbulhada ou turbada, poderá, para defender seu interesse e ver seu bem liberado do gravame, ajuizar uma ação própria, para pedir ao juiz da causa que desonere o bem, declarando seu direito de não ver sua posse violada, desconstituindo o ato judicial e ordenando que se execute de imediato a liberação do ônus restritivo acostado sobre a coisa.

Não houvesse em tais situações um remédio disponível ao terceiro, falho seria o ordenamento, privando de meios de defesa a pessoa que ilicitamente sofreu a turbação ou esbulho na sua posse, em processo no qual não é parte e, por assim ser, não tem legitimidade para ingressar. Daí que se preocupou o nosso ordenamento em idealizar um mecanismo que propiciasse a todo aquele que, em situações como a descrita, pudesse defender sua posse, mesmo sem ser parte no processo em que ocorre o ato agressivo a seu direito. Idealizou-se uma ação própria para socorrer esse terceiro.

Essa ação, ajuizada pelo terceiro prejudicado, que não é parte no processo principal de onde decorreu o ato agressivo do seu patrimônio, objetivando ver reconhecido que o bem agredido é seu,

e não do executado, conseguindo, por fim, a desconstituição do ato judicial constritivo, é a ação de Embargos de Terceiro. Por via dela, o prejudicado pode atacar o ato judicial oriundo dessa demanda em que não atua, mas da qual adveio ato que violou interesse e direito seu.

Os Embargos de Terceiro se constituem, como visto, em uma Ação, própria, autônoma, de natureza acessória, não podendo ser equiparado o instituto a um recurso, ou a uma tradicional "defesa do réu", como a contestação, reconvenção e as exceções. Não. Deixe-se claro que o embargante é *autor*, atua na posição ativa, ajuizando nova demanda, não se confundindo com aquele que contesta, que é réu, agindo em posição passiva, no processo em que já foi citado. Nos Embargos de Terceiro, alguém que não foi citado, que não é parte da lide, ajuíza, como *autor*, nova ação, para questionar ato decorrente dessa ação na qual não é sujeito.

Revela-se o instituto como uma ação autônoma, típica, que se apresenta com relação de acessoriedade à ação principal de onde emanou o ato que agrediu a posse de bem seu. É ação de natureza especial, revelando grande carga cognitiva, almejando um provimento jurisdicional de essência múltipla, que possui conteúdo declaratório, constitutivo (negativo) e, até mesmo, uma inegável carga mandamental e executória, a ser cumprida de imediato no próprio processo.

A carga declaratória da sentença que se almeja reside no aspecto de se reconhecer, primeiramente, a qualidade de terceiro do embargante (sem o que a ação seria inadequada), e, evidentemente, a posse de sua titularidade sobre o bem. A faceta constitutiva se apresenta quando se percebe que a finalidade central da ação é a de invalidar o ato judicial de constrição, desconstituindo-o. Por fim, almeja-se, ainda, na ação, a expedição da ordem de liberação do gravame sobre o bem, o que pode ter sido efetivado em órgãos de registro, como seria, por exemplo, o caso de ter sido averbado o conteúdo do ato da penhora sobre a escritura do imóvel, no Registro de Imóveis. Nesse viés, é inequívoco que a sentença de procedência desfere, também, um conteúdo mandamental, a ser executado sumariamente no próprio processo.

Avancemos na compreensão do instituto.

Os Embargos de Terceiro se ajuízam mediante apresentação de petição inicial própria, a ser distribuída por dependência aos autos da lide principal, para que o próprio juiz da ação em que se promoveu o ato que atingiu o bem do embargante julgue, com o processo principal, o novo processo, que se instaura por força do ajuizamento dos Embargos, gozando, a ação de Embargos de Terceiro, de procedimento normativo especial para reger seu trâmite, previsto no Livro IV do CPC, o qual, ao apresentar os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, inclui, nos arts. 1.046 a 1.054, o regramento para o manuseio da ação especial ora em apreço. Apesar de guardar algumas semelhanças, jamais pode ser confundido com o instituto da *Oposição*, espécie de modalidade de *intervenção de terceiros* (com a nomeação à autoria, o chamamento ao processo e a denunciação da lide), assim como também não deve ser equiparada à figura processual da *Assistência*.

É importante esclarecer que, quando falamos dos Embargos de Terceiro, realmente não estamos nos referindo à *Oposição*. Esta, regulada nos arts. 56 a 61 do CPC, é, como dito, modalidade de intervenção de terceiros, na qual o *opoente* intervém no processo principal para demonstrar que o

direito ou o bem sobre o qual autor e réu litigam pertence a ele, opoente, e não aos litigantes. Apesar de guardar algumas semelhanças com a figura dos Embargos de Terceiro, especialmente no que diz respeito ao fato de que em ambos os casos se ajuíza uma ação com petição distribuída por dependência, nem de longe se deve equiparar um instituto com o outro. Na *Oposição*, o *opoente* se depara com situação em que duas pessoas, em processo no qual litigam, pretendem provar que certo direito ou certo bem pertence a eles, sendo que esse direito (ou bem) é de titularidade do opoente, que manuseia a *Oposição* exatamente para demonstrar ao juiz que nenhum dos dois litigantes faz jus ao que alegam. Observe-se que na *Oposição* o terceiro opoente ataca a questão meritória, tentado demonstrar que nem o autor nem o réu fazem jus ao direito que alegam. Já nos Embargos de Terceiro a questão é bem distinta, de sorte que o embargante não questiona (nem enfrenta) a questão meritória, não lhe interessando saber se o direito do autor ou do réu é legítimo, sendo, de fato, irrelevante, para ele, embargante, perquirir a questão central sobre a qual as partes litigam na demanda principal. Nos Embargos de Terceiro, o autor embargante apenas quer que o ato judicial que constrangeu seu bem e molestou sua posse seja invalidado. Observe-se, nesse sentido, que nos Embargos de Terceiro o embargante não questiona as alegações do autor ou do réu quanto ao aspecto do mérito, mas sim um ato do juiz, que autorizou a agressão a bem de sua titularidade turbando ou esbulhando sua posse. No fundo, o ato atacado é ato do magistrado, porquanto na *Oposição* o *opoente* questiona as próprias alegações de autor e réu.

No mesmo sentido, é fundamental deixar claro que os Embargos de Terceiro também não se confundem com a figura da *Assistência*, regulada nos arts. 50 a 55 do CPC. Nesse instrumento, o *Assistente* interfere no processo para *defender o direito de uma das partes*, na esperança, evidentemente, de que, sendo julgada a ação procedente em favor da parte assistida, possa lograr benefício a direito seu, dependente do direito do assistido. Constate-se, portanto, que o *Assistente* atua para defender direito de uma das partes, colocando-se no processo como adversário da parte contrária, podendo, inclusive, a depender das circunstâncias, ser equiparado a litisconsorte da parte assistida, quando então se fala da *Assistência Litisconsorcial*, prevista no art. 54 do CPC. Nos Embargos de Terceiro, o embargante não atua para defender uma das partes contra a outra, mas, como já exaustivamente comentado, apenas questiona o ato judicial que atingiu seu bem, prejudicando sua posse. Como bem afirmado, o embargante não enfrenta a questão meritória, sendo alheio a seu interesse jurídico na demanda acessória de Embargos saber qual das partes realmente tem o bom direito no processo principal.

Por fim, oportuno um último comentário para elucidar com mais fina tecnicidade uma percepção que reputamos importante. Apesar de fazermos referência à ação de Embargos de Terceiro como uma ação que almeja uma tutela possessória, fazemos questão de registrar que o legislador, na elaboração do Código de Processo Civil, optou por separar a ação regida nos arts. 1.046 a 1.054 daquelas a que chamou de "Ações Possessórias". Ou seja, no seu Livro IV, que tutela os procedimentos especiais voltados para guiar o manuseio de certas ações autônomas, disciplinou, em capítulos distintos do Título I (que cuida dos procedimentos de jurisdição contenciosa), aquelas que chamou de "Ações Possessórias", daquela que nominou como "Embargos de Terceiro". As primeiras receberam

normatização no Capítulo V, porquanto os últimos foram regrados no Capítulo X. No capítulo destinado às que chamou de "possessórias", o legislador incluiu a ação de Manutenção de Posse, para os casos de turbação, a ação de Reintegração de Posse para os casos de esbulho, além do Interdito Proibitório. Observe que nem mesmo a ação de Nunciação de Obra Nova, assim como as ações declaratórias de usucapião, foram inseridas nesse capítulo, sendo disciplinadas nos capítulos seguintes.

Não obstante na ação de Embargos de Terceiro esteja em jogo uma proteção à posse do terceiro sobre bem seu, realmente percebe-se a diferença entre a situação fática que motiva seu ajuizamento e aquelas situações que impulsionam a deflagração das ações disciplinadas no Capítulo V, as "possessórias" em sentido estrito. Nestas, o ato que gera o esbulho ou a turbação decorre da ação de outro particular, ou, às vezes, da Administração Pública, mas não do Judiciário. O esbulho possessório, assim como a turbação, em tais situações, não decorrem de um ato judicial que determinou a apreensão indevida do bem. E é exatamente esse o fato que move a ação de Embargos de Terceiro, a ocorrência de ato judicial, em processo que envolve outras pessoas como litigantes, ato esse que culmina na afetação da posse do bem desse terceiro, estranho à lide, e que, por meio da ação específica do Capítulo X, almejará a proteção da sua posse, libertando-se dos efeitos do ato judicial coator. Constate-se que nas possessórias dos arts. 920 a 933 não se fala do questionamento a um ato judicial, nem mesmo se depende da existência de outro processo já em curso, e com pessoas estranhas ao possuidor prejudicado e atuando como litigantes. Tais demandas não se consubstanciam como acessórias a uma necessária demanda principal, tendo distribuição por dependência e formando autos distintos. De fato, trata-se de institutos distintos. Fica, portanto, o nosso registro de que, apesar de fazermos constante alusão a uma tutela possessória quando nos referimos aos Embargos de Terceiro, essa ação não foi tratada pelo legislador, pelo menos formalmente, como uma das ações possessórias em sentido estrito, mesmo que, no fundo, proteja a posse do terceiro embargante.

2. HIPÓTESES DE CABIMENTO

2.1. Dos requisitos legais específicos para o cabimento da ação de embargos de terceiro

O primeiro ponto a ser destacado é que os Embargos de Terceiro podem ser ajuizados diante do ato judicial que atingiu a posse do embargante emanado tanto de um processo de conhecimento como de um processo de execução. Ou seja, não se restringe aos casos de demandas executivas o manuseio da ação em apreço. Pode ocorrer que em uma ação de conhecimento se materialize o ato judicial turbador ou esbulhador, e, se assim for, o terceiro afetado por tal ato poderá, nos termos do art. 1.046 do CPC, ajuizar a ação em tela.

Para ilustrar de modo claro o posicionamento ora evidenciado, visualize-se um depósito feito em ação de conhecimento, em que o depositante tenha oferecido a depósito bem de terceiro; ou, em uma ação de inventário, ter-se incluído no acervo de bens do espólio o bem de terceiro; ou em uma ação

em que tramita processo de recuperação judicial de sociedade empresária, autorizar-se a alienação judicial de bem que não pertence àquela, mas sim ao terceiro etc.

Ou seja, nas mais diversas hipóteses, as quais poderiam ser aqui interminavelmente elencadas, é possível que se tenha ato judicial gerando a coação na posse de terceiro, esbulhando-a ou turbando-a, dependendo do caso concreto. E tal feito pode se consumar tanto em sede de processo de conhecimento como nos de natureza executiva. Ora, é literalmente irrelevante se o processo se encontra no seu inicial módulo de cognição ou já avança para o deslinde de seu módulo executivo. Ocorrendo o ato esbulhador ou turbador da posse de terceiro, este poderá embargar a ação principal, ajuizando os Embargos de Terceiro, para almejar a manutenção, ou, sendo o caso, a restituição do bem à sua posse, tutelando-a contra o vilipêndio decorrente do equivocado ato judicial atentatório à sua integridade.

Na linha do exposto, de observar que o próprio art. 1.046, seguido pelo art. 1.047, já elenca vasto rol de diferentes situações em que o ato judicial agressivo poderia se consumar. Basta fazer a leitura e perceber que diversas são as hipóteses. Seguindo parte da doutrina, entendemos, inclusive, que as situações apresentadas nos arts. 1.046 e 1.047 se apresentam em rol exemplificativo, o que não obstaria o manuseio da ação em estudo se em circunstância que não fosse exatamente igual às elencadas nos dispositivos em apreço ocorresse ato judicial a turbar ou esbulhar a posse de terceiro, o qual, a nosso pensar, teria regular legitimidade para embargar o ato ajuizando a ação tutelada nos arts. 1.046 a 1.054 do CPC.

A nosso ver, para que caiba o ajuizamento da ação de Embargos de Terceiro, basta que haja o ato judicial que determina a apreensão do bem, que este bem realmente pertença ou esteja sob a posse legítima de terceiro, e que, do referido ato, se configure situação de esbulho ou turbação nessa posse. Consumados esses requisitos, entendemos que o terceiro, prejudicado por força do ato, poderá ajuizar a ação em estudo, objetivando se valer da tutela protetiva estampada nos dispositivos já citados do grande estatuto processual civil pátrio. Aproveitamos para transcrever os arts. 1.046 e 1.047 do CPC:

> **Art. 1.046.** Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam manutenidos ou restituídos por meio de embargos.
>
> § 1.º Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor.
>
> § 2.º Equipara-se a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não podem ser atingidos pela apreensão judicial.
>
> § 3.º Considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação.
>
> **Art. 1.047.** Admitem-se ainda embargos de terceiro:
>
> **I** – para a defesa da posse, quando, nas ações de divisão ou de demarcação, for o imóvel sujeito a atos materiais, preparatórios ou definitivos, da partilha ou da fixação de rumos;
>
> **II** – para o credor com garantia real obstar alienação judicial do objeto da hipoteca, penhor ou anticrese.

Interessante questão, e que merece comento, é a que resta prevista no supratranscrito inciso II do art. 1.047. O credor com garantia real também tem legitimidade para embargar, como terceiro, o ato judicial que gerou apreensão do bem que lhe fora dado, previamente, em garantia. Nesses moldes, se certa pessoa recebeu de outra garantia em hipoteca, penhor ou anticrese, caso o bem oferecido em

garantia seja penhorado em execução alheia, é legítima a propositura da ação de Embargos de Terceiro, ajuizável exatamente por esse credor com garantia real, para que o bem que serve de proteção ao adimplemento do seu crédito não seja liquidado no processo movido por outro credor quanto a esse mesmo devedor comum.

Nas questões tributárias é muito comum que ocorra o fenômeno de penhora de bem que, não obstante seja de propriedade do contribuinte inadimplente, tenha sido dado previamente em garantia a certo credor, para encobertar outras dívidas que esse contribuinte tenha, que não as fiscais. À guisa de exemplo, cite-se a hipótese de penhora de imóvel do contribuinte que está hipotecado em favor de instituição financeira, a qual viabilizou o financiamento do capital com o qual se adquiriu o bem. Na execução fiscal contra o contribuinte, o fisco penhora o referido imóvel, hipotecado em favor da instituição financeira. Pode, em tal situação, a credora hipotecária ajuizar os Embargos de Terceiro para defender sua garantia, pleiteando a desconstituição da penhora.

Friso, por fim, e apenas por precaução, almejando evitar qualquer tendência a erro interpretativo, que a intenção deste tópico que ora se conclui é apenas demonstrar os *requisitos específicos* que devem ser observados para que se tenha adequação para uso da ação que se está estudando, o que, em momento algum deve induzir à crença de que os demais requisitos genéricos de admissibilidade de toda e qualquer ação ficariam dispensados. Não, óbvio que não. Nesse viés, rememoramos que todas as condições da ação devem estar respeitadas, assim como deve haver cumprimento regular dos pressupostos processuais.

2.2. Os casos de defesa da meação por parte do cônjuge

Situação normalmente testemunhada na práxis das relações tributárias é aquela em que ocorre ajuizamento de execução fiscal promovida pela Fazenda contra pessoa física, cobrando dívida gerada em nome de determinada pessoa jurídica, nas hipóteses em que o executado atuava como sócio e administrador e, na gestão, praticava atos ilícitos, agindo com excesso de poderes, violando ora a legislação, ora os atos constitutivos da pessoa jurídica administrada. Em tais situações (de comum ocorrência no dia a dia), ficando comprovada a culpa ou dolo do administrador, aplica-se a norma sancionatória do art. 135, III, do CTN, e realmente se permite que a ação de execução possa atingir bens desse administrador, o qual passa a ser responsabilizado pessoal e diretamente pela dívida gerada mediante prática de ato ilícito.

O grande problema, todavia, que atinge a exequente reside no fato de que, ajuizada a execução, em incontáveis situações a penhora efetivada atinge bem que pertence não só ao sócio administrador, mas também a seu cônjuge. Ou seja, o patrimônio agredido na execução não é exclusivamente de titularidade do executado, sendo também afetado o cônjuge que, a depender do regime de bens, é *comproprietário* do patrimônio penhorado. Evidentemente que, como regra, a primeira reação do ordenamento jurídico em tais situações será a de proteger esse consorte que, não sendo o responsável pessoal e direto pelo ato ilícito praticado (sonegação fiscal mediante culposo excesso de poderes na gestão da pessoa jurídica), deve ter a preservação de sua parte no patrimônio constrito pela penhora, viabilizando-se, de tal modo, a chamada ***defesa da meação***, a qual se formaliza mediante a

tempestiva propositura da ação de Embargos de Terceiro.

Constate-se que, em tais feitos, não obstante caiba a execução contra o sócio administrador da pessoa jurídica, por ter agido com dolo ou culpa e praticado ato ilícito na condução da empresa que geria, atraindo ***sobre si*** a norma punitiva prevista no art. 135, III, do CTN, a responsabilização patrimonial não pode se estender para além da sua pessoa, de sorte a atingir os bens da esposa (ou marido, sendo o caso) desse sócio administrador infrator.

A única ressalva a essa vedação, permitindo atingir o patrimônio do casal na totalidade, sem se legitimar a defesa da meação, se dá quando o credor exequente (no caso do exemplo, o fisco) consegue provar que do ato ilícito praticado gerando sonegação fiscal *se gerou benefício que se reverteu em proveito do casal.* Nesses casos, restando provada a canalização da vantagem (advinda da ilicitude na condução da empresa) em benesse comum da família, aí, sim, fica afastada a proteção da meação e o cônjuge do sócio executado não pode exigir proteção a sua parte no que tange ao bem penhorado.

Frise-se (e isso é *fundamental*) que é do credor exequente ***o ônus probatório de que houve reversibilidade das vantagens captadas com o ato de sonegação mediante prática de ilícito culposo em prol do casal***. O STJ, em incontáveis julgados, formando robusta jurisprudência, mantém firme seu posicionamento que não é ônus do cônjuge embargante provar que também se beneficiou da ilicitude praticada por seu consorte na administração da empresa na qual atuou como sócio administrador. Esse ônus é da Fazenda, a qual, caso não prove esse revertimento, ficará privada de poder penhorar os bens que façam parte da meação de titularidade do cônjuge do executado, e, se for o caso, havendo penhora de bem indivisível, será obrigado o exequente a tolerar que a metade do produto arrematado quando da alienação judicial de tal bem em hasta seja entregue a esse cônjuge (desde que, é claro, o cônjuge atue como embargante e tempestivamente ajuíze os Embargos de Terceiro para defender a sua meação).

Portanto, percebam que, na prática, a hipótese que estamos relatando é extremamente comum, eis que normalmente o fisco se mantém na posição de exequente de pessoa física com base na aplicação do art. 135, III, do CTN, cobrando dívida gerada em nome da Pessoa Jurídica, quando essa pessoa física, atuando na qualidade de administradora da Pessoa Jurídica (seja sócia ou não), pratica atos infracionais às leis ou ao contrato social (ou estatuto, quando o caso), com dolo ou culpa, e realmente pode ser executada para que seus bens pessoais respondam pela dívida. Não raro essa pessoa, executada, é casada, e, como na imensa maioria das situações dos enlaces matrimoniais no Brasil, existe comunicabilidade de bens com o consorte, o qual, geralmente, tem a proteção assegurada à sua parte do patrimônio comum do casal. Força disso que, sempre que ocorre a penhora de bem do executado sem que se tenha feito a prova de que houve canalização de vantagem em prol de ambos os cônjuges em decorrência da ilicitude, pode esse cônjuge prejudicado ajuizar os Embargos de Terceiro para promover a chamada ***defesa da meação***.

Observe-se que em tais casos não é ônus do cônjuge embargante questionar o teor da dívida exequenda, sua legitimidade etc. Tal ônus, com certeza, é do próprio executado, esse, sim, único legitimado a questionar o título executivo quanto a seu conteúdo, o que, relembre-se, para ser feito,

obviamente não seria em sede de Embargos de Terceiro, e sim em Embargos à Execução Fiscal, pois esse executado é parte na execução, é a própria pessoa que o fisco exequente acusa como devedora.

Perceba-se, portanto, que nos Embargos de Terceiro, para proteger a reserva da meação, o cônjuge embargante defende apenas a impossibilidade de sua parte no patrimônio comum do casal ser agredida pela penhora, valendo-se da garantia que seu patrimônio não pode ser atingido para saldar o crédito da Fazenda exequente.

Ainda na linha do exposto, enfatize-se que o cônjuge embargante, além de não precisar (nem dever) entrar na questão meritória, discutindo a exigibilidade do título executivo que lastreia a ação exequente, não deve se preocupar em provar que não se beneficiou da conduta ilícita de seu consorte. Esse encargo probatório, como frisado nas colocações anteriores, é da Fazenda exequente. Logo, não obstante lhe seja deferido fazer tais provas, as mesmas não são necessárias, vigorando, em seu favor, a presunção de que da ilicitude de seu esposo (ou esposa) na condução da empresa administrada não houve canalização de vantagens que acrescesse seu patrimônio pessoal.

O cônjuge embargante deve provar apenas que os bens atingidos pela penhora, em razão de seu valor e da dimensão do patrimônio total do casal, atingem a sua parte nesse acervo, ferindo a meação. Isso já é suficiente para que os Embargos de Terceiro sejam julgados procedentes e se afaste a penhora dos bens que, em razão do valor, adentraram no limite da meação. Sendo indivisíveis os bens penhorados, o cônjuge conseguirá que seja liberada em seu favor a parcela do produto arrecadado com a arrematação que corresponda a essa parte da sua meação.

Aproveito para transcrever, para fixação do entendimento, a ementa de importante precedente sobre o tema, selecionada na vasta jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria ora comentada:

> **Tributário, civil e processual civil. Débito fiscal de empresa. Penhora de bem do casal. Regime de comunhão universal. Embargos de terceiro. Exclusão da meação do cônjuge. Art. 3.º da Lei n.º** *4.121/62. V***iolação não configurada.**
>
> 1. Embargos de terceiro opostos com o desiderato de excluir meação do cônjuge de sócio de empresa executada por débito fiscal. Sentença mantida em segundo grau.
>
> 2. **A meação da mulher só deve responder pelos atos ilícitos levados a cabo pelo cônjuge quando houver prova de que se beneficiou com o produto oriundo da infração, devendo-se ressaltar que o ônus da prova é do credor.**
>
> 3. Já se encontra pacificado nesta Corte o entendimento de que, em execução fiscal, na cobrança de dívidas fiscais contra empresa em que o marido seja sócio, há de se excluir a meação da mulher sobre o bem de propriedade do casal que foi objeto de penhora, notadamente nos casos em que o credor não comprovou a existência de benefício do cônjuge com o produto da infração cometida pela empresa.
>
> 4. *In casu*, a jurisprudência mais autorizada alinha-se no sentido contrário ao da pretensão recursal, não podendo também o recurso vingar pelo permissivo constitucional do art. 105, III, "c".
>
> 5. Violação ao art. 3.º *da Lei n.º 4.121/62 não configurada.*
>
> 6. Recurso especial a que se nega provimento **(REsp 641400/PB, Min. José Delgado, *DJ* 01.02.2005)**.

Em continuidade, transcrevo mais uma ementa precedente:

> **Processual civil. Execução fiscal. Embargos de terceiro. Dívida fiscal por ato ilícito. Responsabilidade do sócio-gerente. Meação da mulher. Exclusão. Precedentes**.
>
> – A meação da mulher só responde pelos atos ilícitos praticados pelo marido, sócio-gerente, quando ficar provado que ela foi beneficiada com o produto da infração, cabendo o ônus da prova ao credor.
>
> – Recurso especial conhecido e provido **(REsp n.º 302.644/MG, 2.ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ***

05.04.2004).

Dando seguimento, mais dois:

Processual civil. Tributário. Embargos de terceiro. Execução fiscal. Penhora. Bem indivisível. Meação. Alienação.

1. Os bens indivisíveis, de propriedade comum decorrente do regime de comunhão no casamento, na execução podem ser levados à hasta pública por inteiro, reservando-se à esposa a metade do preço alcançado (Corte Especial, REsp 200.251/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJU* 29.04.2002).

2. Recurso especial conhecido em parte e provido **(REsp 107017/MG, Min. Castro Meira, *DJ* 22.08.2005)**.

Processo civil. Embargos de terceiro. Penhora sobre bem de meação da mulher. Desconstituição da quota-parte da mulher, determinada pela instância de origem. Recurso especial. Pretendida reforma do julgado.

– O posicionamento da Corte de origem se harmoniza com a jurisprudência deste Sodalício, no sentido de que "a responsabilidade pessoal do sócio-gerente da sociedade por quotas, decorrente da violação da lei ou de excesso de mandato, não atinge a meação da mulher" (cf. AGA 183.444-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 04.10.1999). Iterativos precedentes.

– Na linha de raciocínio acima, veio a lume a Súmula n. 251 deste colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "a meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal".

– Recurso especial improvido **(REsp 260642/PR, Min. Franciulli Netto, *DJ* 14.03.2005)**.

Válido citar parte do voto proferido pelo Ministro Luiz Fux, então no STJ, no julgamento do **Recurso Especial 701.170-RN**, quando firmou que "(...) a questão encontra-se pacificada nesta Corte de Justiça no sentido de que a meação da mulher só deve responder pelos atos ilícitos do seu cônjuge quando houver se beneficiado com o produto oriundo da infração, devendo-se ressaltar que o ônus da prova é do credor...". Quanto ao referido julgado, em que o recorrente era o INSS, leia-se sua ementa, a qual aponta vasto rol de precedentes no STJ sobre o tema:

Processual civil e tributário. Execução fiscal. Embargos de terceiro. Mulher casada. Exclusão da meação. Benefício familiar. Necessidade de prova. Ônus probatório do credor.

1. Tratando-se de execução fiscal oriunda de ato ilícito e havendo oposição de embargos de terceiro por parte do cônjuge do executado, com o fito de resguardar a sua meação, o ônus da prova de que o produto do ato não reverteu em proveito da família é do credor, e não do embargante.

Precedentes: REsp 107017/MG, Min. Castro Meira, *DJ* 22.08.2005; REsp 260642/PR, Min. Franciulli Netto, *DJ* 14.03.2005; REsp 641400/PB, Min. José Delgado, *DJ* 01.02.2005; REsp n.º 302.644/MG, 2.ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ* 05.04.2004.

2. Impossibilidade de realização da prova na instância especial, ante o óbice da Súmula 7 desta Corte: "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

3. Ainda que assim não bastasse, a instância *a quo*, com ampla cognição fático-probatória, concluiu que: (...) o bem imóvel sobre o qual recaiu a penhora em execução contra a firma da qual o esposo da embargante é sócio fora adquirido após o casamento, o que determina a meação e faz incidir o disposto no art. 3.º da Lei 4.121/62, em combinação com o art. 1.658 do Código Civil, ainda que se trate de comunhão parcial (fls. 96). Considerando-se que a **embargada não comprovou a alegação de que a sonegação do imposto devido pela sociedade representada pelo executado teria revertido em benefício da família deste, não merece prosperar o pedido do INSS, devendo ser resguardado o direito da embargante à meação do bem penhorado** (fls. 57/58).

4. Recuso especial desprovido (REsp n.º 701.170/RN, Rel. Min. Luiz Fux, recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS).

Quanto ao tema, o STJ editou, ainda no ano de 2001, importante verbete sumular, evidenciando que assumiu definitivamente sua posição. Trata-se, no caso, da **Súmula 251/STJ,** que merece apreciação:

Súmula 251

Enunciado

A meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao

casal (STJ, 1.ª Seção, j. 13.06.2001, *DJ* 13.08.2001).

Por fim, para que não pareça se tratar de entendimento antigo e com risco de ser considerado ultrapassado, em face de as datas dos precedentes citados reportarem a muitos anos atrás, e, por logo, trazerem entendimentos de ministros-relatores que já não mais atuam na Casa, afirme-se que o posicionamento segue irretocável na Corte, podendo ser citado, dentre muitos *cases* que vieram nos anos seguintes e, inclusive, até o presente momento da escrita desta obra, o julgamento que se deu na **Primeira Turma do STJ em 23.10.2012**, com relatoria do emérito **Min. Benedito Gonçalves**, no **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 220.738/RS**,

> **Processual civil e tributário. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Embargos de terceiro. Reserva da meação. Súmula 251 do STJ. Benefício em proveito do casal. Prova a cargo do credor. Inversão. Matéria de prova. Súmula 7 do STJ.**
>
> 1. *Na hipótese em foco, o acórdão proferido pelo TRF da 4.*ª Região decidiu que a Fazenda Nacional não fez prova de que o ato ilícito decorrente do endividamento fiscal resultou em enriquecimento do casal, pelo que a reserva da meação era providência a ser resguardada, conforme define a Súmula n. 251 do STJ (grifo nosso).
>
> 2. A revisão do entendimento firmado pelo acórdão de origem, com supedâneo na tese de necessária inversão do ônus da prova (art. 333, I, do CPC), encontra óbice na Súmula 7 do STJ.
>
> 3. Agravo regimental não provido.
>
> Acórdão
>
> Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Ari Pargendler e Arnaldo Esteves Lima (**AgRg no AREsp 220738/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1.ª Turma, j. 23.10.2012, *DJe* 26.10.2012**).

2.3. Penhora de veículo ou imóvel que já havia sido alienado, mas que ainda não havia sido formalizado o registro da alienação para fins de efetivar a transmissão da propriedade. Bem ainda em nome do alienante. Penhora. Legitimidade do adquirente para embargar como terceiro, independentemente da ausência de registro

A jurisprudência é maciça no STJ em favor da legitimidade do adquirente de veículo, ou do promitente comprador de imóvel, para ajuizarem os Embargos de Terceiro contra penhora que recai sobre o bem que já lhe fora alienado pelo executado. Mesmo que ainda não se tenha efetivado o registro da promessa de compra e venda no Cartório de Imóveis, ou, sendo o caso, a documentação da compra e venda do veículo no DETRAN, ainda assim, prevalecerá o direito do adquirente do veículo ou do promitente comprador do imóvel de ajuizar os Embargos de Terceiro e assim proteger sua posse, logrando êxito na tutela jurisdicional pretendida para fins de cancelar a penhora efetivada, restabelecendo a regularidade de sua posse, afastando o esbulho/turbação decorrente do ato de constrição judicial.

Para que tal direito, todavia, realmente seja efetivado, é fundamental que a data da celebração do negócio seja, comprovadamente, anterior ao momento da inscrição em dívida ativa do débito objeto da execução fiscal. Com isso, afasta-se qualquer argumentação no sentido de *fraude à execução fiscal*, não conseguindo a Fazenda sustentar a manutenção do ato alegando a garantia prevista no art. 185 do CTN (que cuida da *fraude à execução fiscal*). Ora, se a alienação do veículo ou a celebração

do compromisso de compra e venda se deu antes da inscrição em dívida ativa, não se pode falar que o alienante quis fraudar a execução fiscal, a qual não existia e ainda não tinha o indício concreto de que se materializaria (o que se daria após a regular inscrição do débito no cadastro de dívida ativa).

Durante muito tempo, e ***antes da Constituição de 1988***, o STF chegou a manter entendimento exatamente oposto. Até a nova Carta, como sabido, o STF apreciava, em sede recursal excepcional, questões atinentes não apenas às matérias de índole constitucional, mas, também, diversas temáticas de natureza infraconstitucional, especialmente as atreladas à legislação federal. Com o advento da Constituição de 1988 e com a grande transformação da organização do Poder Judiciário, extinguindo-se o velho TFR (Tribunal Federal de Recursos) nascendo os TRFs, o STJ, criando-se a figura do Recurso Especial para essa novel Corte Superior e dissipando-se do Supremo Tribunal a competência para apreciar os feitos infraconstitucionais, o que passou a ser de competência do Superior Tribunal de Justiça, a matéria em tela deixou de ser apreciada pela Corte Excelsa, sendo atribuição do STJ tutelar os conflitos pertinentes ao tema.

O STF entendia que, se o promitente comprador do imóvel não procedesse ao registro do contrato de promessa de compra e venda, não poderia opor Embargos de Terceiro, se esse imóvel fosse penhorado em execução movida por um credor do promitente vendedor contra esse. Nesse prumo, negando legitimidade ao promitente comprador para embargar como terceiro, o STF prestigiava a boa-fé do exequente em detrimento da desídia do promitente comprador.

A Corte Maior chegou a editar a ***já superada e não mais aplicável*** Súmula 621, aprovada no dia 17.10.1984, que afirmava por essa impossibilidade.

Ocorre que, após 1988, a matéria saiu do campo de apreciação pelo STF, e coube ao STJ, como dito, cuidar dos feitos a ela relativos. E aí poderia a Corte Superior manter o entendimento do Pretório Excelso, ou modificá-lo. Essa segunda opção foi a escolhida pela Casa infraconstitucional. Optou o Superior Tribunal de Justiça por inverter o entendimento, curvando-se ao apelo doutrinário que colidia com a posição da Suprema Corte, especialmente em face do fato de que a maioria das pessoas da população, leigas, não procedia ao registro do compromisso de compra e venda, o que, em muitas situações, também na ocorria por força dos altos custos com emolumentos notariais, que oneravam sensivelmente o promitente comprador. Isso sem contar a já natural nevralgia que repousava (e ainda se debruça) sobre o tema em diversas questões, algumas extremamente complexas, fomentando grande confusão na compreensão do instituto por parte das pessoas menos instruídas, as quais, como regra, acreditam que não é preciso proceder ao registro da promessa para que possa, no futuro, quitando-a, adquirir o imóvel mediante registro da escritura definitiva de compra e venda (o que, de todo, é verdadeiro). Força dessa compreensão, o STJ, após reiterados julgamentos na linha contrária ao entendimento que vinha estampado na Súmula 621 do STF, optou por redigir uma Súmula própria, declarando esse posicionamento oposto, o que o fez no dia 18.06.1993, proclamando a sua **Súmula 84/STJ**.

A partir de então restou pacificada essa questão, e o entendimento vem sendo aplicado de modo

seguro e inabalável ao longo dos anos, podendo-se afirmar que ***não se aplica mais o entendimento estampado na Súmula 621 do STF, valendo o entendimento da Súmula 84 do STJ, sequer cabendo mais ao STF apreciar a matéria, que possui cunho essencialmente infraconstitucional***.

Por assim ser, caso ocorra penhora sobre bem imóvel que ainda está em nome do executado, mas que já fora alienado em promessa de compra e venda para o promitente comprador, esse poderá embargar o ato de penhora, mediante ajuizamento dos Embargos de Terceiro, mesmo que não tenha procedido ao registro do compromisso de compra e venda no Cartório Imobiliário. Vale a aplicação do entendimento firmado na citada Súmula 84 do STJ, e não mais o que outrora se aplicou nos termos do superado verbete 621 do STF.

Friso que o mesmo entendimento se estende para o caso de penhora de veículos, quando o adquirente ainda não procedeu ao registro da documentação no DETRAN e o bem é penhorado em execução movida contra o alienante.

No item referente aos honorários sucumbenciais voltaremos a abordar o tema, trazendo à luz os debates que se estabeleceram no âmbito do STJ a respeito da imputação dos ônus sucumbenciais em tais situações, e, no referido tópico, cuidaremos da importante e pertinente Súmula 303 do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, aproveito para transcrever as duas súmulas que foram aqui abordadas, a Súmula 621 do STF e a Súmula 84 do STJ:

> **STF, Súmula 621**
>
> Aprovação: 17.10.1984
>
> Publicação: *DJ 29.10.1984*
>
> **Enunciado:**
>
> Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis.
>
> **STJ, Súmula 84**
>
> Órgão Julgador: CE – Corte Especial
>
> Data do Julgamento: 18.06.1993
>
> Data da Publicação/Fonte: *DJ* 02.07.1993
>
> Enunciado:
>
> É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.

3. PROCEDIMENTO APLICÁVEL

O procedimento que vai reger a ação de Embargos de Terceiro é especial, e, como já antecipado, está normatizado no Livro dos Procedimentos Especiais do CPC, que é o Livro IV. Como destacado anteriormente, a matéria é normatizada no Capítulo X do Título I (que cuida dos procedimentos de jurisdição contenciosa) do aludido Livro IV do Código.

A começar, merece destaque a informação sobre a competência para processar e julgar a ação de Embargos de Terceiro. A ação deve ser ajuizada no mesmo juízo em que tramita a ação principal de

onde emana o ato judicial esbulhador ou turbador da posse. Desse modo, tratando-se de ação que tramita na primeira instância, os Embargos devem ser ajuizados na mesma vara em que está sendo processada a ação principal. Caberá ao próprio juiz prolator do ato coator avaliar os fatos, o direito e os pedidos formalizados na ação do terceiro. Ajuizada esta, formar-se-ão novos autos, distintos dos que já existem na ação principal. Não obstante, a ação secundária será distribuída por dependência à primeira, para que o juiz a julgue com aquela, até porque, como veremos, a tramitação dos Embargos de Terceiro provoca a suspensão do processo na ação principal, suspensão essa que pode ser total ou parcial, dependendo de se analisar se o bem apreendido representa a totalidade de bens no processo principal (caso em que o processo ficará totalmente suspenso) ou se apenas parte do acervo (hipótese em que a suspensão se dará apenas em relação a esse bem, seguindo o processo no restante).

O autor deve, já na própria petição inicial, apresentar documentos comprovando sua titularidade possessória sobre a coisa e, sendo dono, a propriedade. É a prova documental sumária que exige o art. 1.050 do CPC. Deve, ainda, provar sua qualidade de terceiro, ou seja, deixar incontroverso que não é parte no processo principal, não sendo devedor, sequer garantidor da dívida.

Além da prova documental da titularidade possessória e da qualidade de terceiro, o embargante deve, ainda, fornecer, desde logo, rol de testemunhas indicadas, para, caso seja necessário, ouvi-las, e o juiz já tenha o rol pré-indicado.

A doutrina diverge quanto a quem deve ser considerado o réu embargado na ação do terceiro. Notáveis juristas se posicionam no sentido de que apenas aquele a quem a apreensão do bem favorece é que deve ser considerado o réu, pois é contra o interesse dele que operará a liberação do bem, caso ocorra. Outra também honrosa gama de doutrinadores diverge, entendendo que ambas as partes no processo principal devem ser elencadas no polo passivo da demanda embargante, posição pela qual nutrimos melhor simpatia. Nesse viés, entendemos que o autor deve, na petição inicial, pedir a citação de ambas.

Citados os embargados, terão eles prazo de dez dias para apresentar contestação, e, sendo a Fazenda Pública a parte a contestar, o prazo se conta em quádruplo, aplicando-se a regra do art. 188 do CPC. Não apresentada defesa e esgotado o prazo, presumir-se-ão aceitos pelo requerido, como verdadeiros, os fatos alegados pelo requerente. Nesse caso, caberá ao juiz decidir a questão dentro em cinco dias. Vale a leitura dos arts. 1.053 e 803 do CPC.

Havendo necessidade de conseguir em caráter de urgência a ordem judicial liberatória do gravame sobre o bem, restabelecendo-se a regularidade possessória, pode o embargante pedir ao juiz que conceda em sede liminar a tutela jurisdicional pretendida. Para tanto, deverá deixar provada a sua titularidade possessória, demonstrando que o ato de apreensão realmente é ilegítimo. Deverá provar também o risco de sofrer um dano de difícil ou incerta reparação caso a medida pretendida não possa ser deferida de modo antecipado. Por fim, deverá, ainda, caso realmente pretenda obter a liminar, oferecer caução, sem o que não deverá o magistrado conceder a liminar. Oportuna a leitura do art. 1.051 do CPC.

4. REDIGINDO A PETIÇÃO INICIAL

4.1. Introdução

Na redação da *petição inicial*, deve o advogado do embargante atentar para algumas observações de especial importância, as quais, sem dúvida, caso sejam cumpridas, evitarão potenciais prejuízos ao autor da ação, os quais, de fato, poderão ser daninhos, caso não se tenha o devido zelo com alguns pormenores que passaremos a analisar. Peço atenção redobrada a todos os que estudam por esse manual para fins de realização de provas, e, no mesmo linear, pedimos a compreensão daqueles que almejam o aprendizado para a prática na vida real. Isso porque, com a natural preocupação com os critérios de correção, cada vez mais rigorosos, aplicados nas provas, buscaremos traçar um caminho extremamente detalhista, optando sempre por pecar pelo excesso e jamais pela omissão, de sorte que trabalharemos aqui com um modelo de petição inicial elaborado com imenso rigor, objetivando, evidentemente, acautelar o candidato diante de riscos de perda de pontos na avaliação elaborada pela comissão examinadora. Para fins práticos, alguns dos rigores que aqui serão fincados, por certo, poderiam ser amenizados. Caminhemos.

4.2. A Parte 1 da petição inicial: o cabeçalho. Endereçamento, qualificação das partes, fundamentação legal do ajuizamento, nomeação da ação

4.2.1. Endereçamento. Competência para processamento e julgamento

O primeiro passo a ser observado na elaboração da petição inicial é o do ***endereçamento***. Ou seja, cuida-se, aqui, do ato inaugural que o advogado pratica, devendo cumprimentar a autoridade judicante correta, reportando-se ao órgão jurisdicional competente para receber a petição e conhecer da ação para julgá-la. Aqui, destaca-se a ideia de *competência processual*, imputando as regras que direcionam o aforamento da ação. No caso dos Embargos de Terceiro, não há qualquer dificuldade para identificar o juízo competente para receber a ação, pois o próprio CPC, no art. 1.049, afirma que caberá ao mesmo juiz que ordenou o ato de apreensão judicial do bem receber e julgar os Embargos. Corolário lógico desse mandamento normativo, firma-se que a ação de Embargos de Terceiro deve ser ajuizada na mesma vara em que tramita a ação principal em que se proferiu o ato coator à posse do embargante. Nesse viés, vale a ideia do *foro de atração*, em que o foro da demanda principal será, necessariamente, o da demanda acessória, esta última, no caso, os Embargos.

Na sequência do entendimento acima esposado, pode-se perceber que, se, por exemplo, o ato judicial a ser embargado é o ato de efetivação de penhora em processo de execução fiscal, os Embargos de Terceiro devem ser ajuizados na mesma vara em que tramita a execução fiscal donde emanou o ato constritivo, para que o mesmo juiz prolator do ato turbador ou esbulhador avalie as alegações do embargante e possa, sendo o caso de realmente assistir razão a esse novo autor, invalidar seu próprio ato. Natural que a esse mesmo magistrado se dê a chance de desconstituir seu próprio ato, demonstrando-se a ele o equívoco na medida, o que, como regra, não terá ocorrido por

culpa sua, de sorte que nenhum problema ou constrangimento se gera com tal prática, pelo contrário.

Para os que estão estudando por esta obra para elaboração da petição inicial na prova, sugiro que façam o endereçamento ao juiz da vara em que tramita a ação principal de onde veio o ato judicial questionado, indicando o Município em que se situa essa referida vara e fazendo alusão à comarca (tratando-se de justiça estadual) ou à seção judiciária (tratando-se de justiça federal).

Para fins ilustrativos, os modelos a serem seguidos para fins de prova podem ser os seguintes:

Ex. 1: Justiça Estadual

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... (em que tramita a ação principal na qual se praticou o ato ensejador dos presentes Embargos – art. 1.049, CPC) da Comarca do Município ...

Ex. 2: Justiça Federal

Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da ... Vara Federal (em que tramita a ação principal na qual se praticou o ato ensejador dos presentes Embargos – art. 1.049, CPC) da Subseção Judiciária do Município ... na Seção Judiciária do Estado ...

Obs.: a referência à *Subseção Judiciária* se fez cogitando-se tratar de vara federal fora da capital, ou seja, fora da sede da Seção Judiciária. Caso a ação estivesse sendo ajuizada na capital, não haveria referência a “Subseção”, pois na capital, ficando a sede da Seção Judiciária, não se fala em “Subseção”.

Caso na prova o quesito apresentado especifique a ação em que foi promovido o ato judicial molestador da posse do embargante, o candidato, redigindo o item do endereçamento, deve especificar essa ação principal. Nesses termos, cogitando-se de ação de execução fiscal com penhora indevida sobre bem do terceiro embargante, na esfera estadual, poder-se-ia seguir o seguinte modelo de endereçamento:

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... (em que tramita a ação de execução fiscal de onde emanou o ato de penhora ensejador dos presentes Embargos – art. 1.049, CPC) da Comarca do Município ...

Depois de feito o endereçamento, recomendo que o candidato “pule uma linha” na sua folha de prova e averbe duas observações, seguindo o costume da *práxis* e demonstrando observância a uma exigência legal. Nesse sentido, recomendo que se destaque qual é a ação principal (nominando-a) e se escreva a expressão “Distribuição por Dependência”, indicando o art. 1.049 do CPC, que imputa tal regramento. Desse modo, para fins ilustrativos, a petição seria redigida da seguinte forma:

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... (em que tramita a ação de execução fiscal de onde emanou o ato de penhora ensejador dos presentes Embargos – art. 1.049, CPC) da Comarca do Município ...

Ação Principal: Ação de Execução Fiscal n.º ...

Distribuição por Dependência (art. 1.049, CPC)

Findo o ato de endereçamento e cumpridas as exigências estampadas no art. 1.049 do CPC, deve o candidato prosseguir na redação da sua petição, qualificando o embargante e fazendo referência ao advogado. Sobre o aludido item, teceremos alguns comentários no tópico seguinte. Por ora, transcrevemos o importante art. 1.049 ventilado por algumas vezes aqui neste tópico de ensinamento sobre o início da formatação da petição inicial:

> CPC, Art. 1.049. Os embargos serão distribuídos por dependência e correrão em autos distintos perante o mesmo juiz que ordenou a apreensão.

4.2.2. Qualificação autoral e referência ao advogado

Neste tópico específico da petição inicial, deve ser observado o art. 282, CPC, bem como o art. 39, I. Ou seja, deve ser feita a qualificação da parte autora de modo a realmente individualizá-la, identificando-a com singularidade, trazendo-se na peça vestibular, tratando-se de pessoa física, pelo menos três qualificadoras, além do nome, quais sejam, a *profissão,* o *estado civil* e o *domicílio e residência*. Oportuno acrescer a essas três referências a *nacionalidade* e o *CPC/Identidade*. Tratando-se de hipótese em que o embargante seja *Pessoa Jurídica*, deve o advogado, ao redigir a petição inicial, inserir, além do nome da PJ, o seu CNPJ e o endereço. Nesses casos de Pessoa Jurídica autora embargante, não é necessário, para fins de prova, que o candidato se preocupe em expor as demais qualificações da PJ (ex.: objeto social, quadro societário, forma de administração, ponto comercial, número do alvará de funcionamento, nome do administrador etc.), até porque, como regra, tais dados não são sequer fornecidos no quesito da prova. Pode, portanto, o candidato, após fazer referência ao nome da PJ, seu CNPJ e endereço, afirmar que seguem anexos os atos constitutivos, os quais, por certo, apresentam todas as qualificações dessa pessoa jurídica.

Após a qualificação do autor, deve o candidato, redigindo a petição, afirmar a presença do advogado, narrando que a procuração (instrumento que comprova o mandato e consequente transmissão de poderes representativos) segue anexada e que nela, além da qualificação desse advogado, consta o endereço do mesmo, para que se cumpra a exigência do art. 39, I, do CPC.

A título ilustrativo, pode-se adotar o seguinte padrão na prova:

Ex. 1: Pessoa Física Embargante

Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF/ID, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração anexa com todas as qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, CPC, respeitosamente, perante V. Exa. ...

Ex. 2: Pessoa Jurídica Embargante

Sociedade Ltda. PB, CNPJ, endereço, atos constitutivos anexos com todas as qualificações necessárias, vem, por meio de seu advogado, procuração acostada nos autos com especificações e endereço para os fins do art. 39, I, CPC, respeitosamente, perante V. Exa. ...

Nesse momento, analisemos como deve estar a petição inicial redigida, seguindo-se os passos já comentados, do endereçamento, das referências à ação principal e à distribuição por dependência, a qualificação autoral e a referência ao advogado. Vejamos um exemplo a seguir de ajuizamento na

Justiça Federal, em uma vara situada em município fora da capital:

> Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da ... Vara Federal (em que tramita a ação principal na qual se praticou o ato ensejador dos presentes Embargos – art. 1.049, CPC) da Subseção Judiciária do Município ... na Seção Judiciária do Estado ...
>
> Ação Principal: Ação de Execução Fiscal n.º ...
>
> Distribuição por Dependência (art. 1.049, CPC)
>
> Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF/ID, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração anexa com todas as qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, CPC, respeitosamente, perante V. Exa. ...

4.2.3. Fundamentação legal de ajuizamento e nomeação da ação

Nesse momento, o candidato deve, após qualificar o autor e fazer referência ao seu advogado, apresentar o rol de artigos que autorizam o ajuizamento da ação de Embargos de Terceiro, e, indicar seu nome, no corpo da petição que está redigindo, destacando esse nome em caixa alta e de modo centralizado, como se faz de costume na prática forense.

Quanto aos artigos que fundamentam o ajuizamento da ação, é importante citá-los, demonstrando-se o conhecimento do arcabouço de dispositivos específicos que, no âmbito do direito objetivo, legitimam a propositura da ação. Nesse viés, recomendo que sejam citados os arts. 1.046 a 1.054 do CPC, além do art. 282, diploma normativo geral das petições iniciais.

No prumo do exposto, a redação poderia, a título de exemplo, ser feita da seguinte forma: *nos termos dos arts. 282 e 1.046 a 1.054, todos do CPC, ajuizar os presentes EMBARGOS DE TERCEIRO*. Lembramos que a expressão "Embargos de Terceiro" deve ser colocada de modo centralizado.

Para fins ilustrativos, a petição, nesse momento, teria a seguinte estrutura (exemplo de ajuizamento na Justiça Estadual, por pessoa jurídica embargante):

> Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... (em que tramita a ação de execução fiscal de onde emanou o ato de penhora ensejador dos presentes Embargos – art. 1.049, CPC) da Comarca do Município ...
>
> Ação Principal: Ação de Execução Fiscal n.º ...
>
> Distribuição por Dependência (art. 1.049, CPC)
>
> Sociedade Ltda. PB, CNPJ, endereço, atos constitutivos anexos com todas as qualificações necessárias, vem, por meio de seu advogado, procuração acostada nos autos com especificações e endereço para os fins do art. 39, I, CPC, respeitosamente, perante V.Exa., nos termos dos arts. 282 e 1.046 a 1.054, todos do CPC, ajuizar os presentes
>
> **EMBARGOS DE TERCEIRO**

4.2.4. Indicação do ato embargado e das partes no processo principal, que figurarão como as

“embargadas” na ação de embargos de terceiro

O advogado, ao redigir a petição, deve indicar em face de qual ato se está propondo os Embargos de Terceiro, especificando de modo claro a sua natureza, bem como em que ação ele foi proferido. Na sequência, indicando a ação com o respectivo número do processo, deve indicar quem são as partes nessa ação principal, o autor e o réu (em um caso de execução, por exemplo, o exequente, o executado), que serão, para fins de tipologia subjetiva da ação de Embargos de Terceiro, considerados como os “embargados”.

Ainda que, segundo parte da doutrina, o embargado seja apenas aquele que deu causa ao ato judicial esbulhador ou turbador da posse do embargante, preferimos seguir a orientação de outro também nobre segmento de doutrinadores, que sustentam serem ambas as partes no processo principal os embargados na ação do terceiro. Para fins de prova, e, especialmente por força de se tratar de uma prova, reputamos mais prudente que se siga essa orientação, colocando-se como embargados tanto o autor como o réu da demanda principal.

Nesse diapasão, a redação desse tópico específico na petição inicial, para fins de prova, pode ser feito da seguinte maneira: *em face do ato de apreensão judicial ... proferido no processo n.º ... na* ação ..., em que litigam ... *como autor e ... como* réu, o que se comprova nas folhas n.º ... *dos referidos autos, e que gerou o esbulho/turbação na posse do bem ... , de titularidade do embargante, prejudicando direito e interesse seu, objetivando-se a desconstituição do referido ato com base nos fatos e fundamentos a seguir expostos.*

Observe-se que no início do tópico, quando se escreve *“em face do ato de apreensão judicial ...”*, é apenas para demonstrar o que deve ser feito, ou seja, que se deve indicar *qual foi o ato judicial* que fomentou o ajuizamento da ação. Na prova, evidentemente que o candidato deve citar o referido ato. Do mesmo modo, sabendo qual foi a ação principal ajuizada e quem são as partes, deverá fazer as referidas especificações. Logo, mais uma vez, para fins ilustrativos e seguindo-se o exemplo de um ato de penhora feita indevidamente sobre bem móvel do embargante (por exemplo, um automóvel), em uma ação de execução fiscal ajuizada pelo Estado “x” contra Pedro Barretto, poder-se-ia traçar a seguinte redação para o tópico em alusão: *em face do ato de penhora proferido no processo n.º ... na* ação de execução fiscal em que litigam a União Federal como autora exequente e Pedro *Barretto como réu executado, ambos devidamente qualificados nos autos do processo principal, o que se comprova nas folhas n.º ... dos referidos autos, e que gerou o esbulho/turbação na posse do veículo ... de titularidade do embargante, prejudicando direito e interesse seu, objetivando-se a desconstituição do referido ato com base nos fatos e fundamentos a seguir expostos.*

Seguindo-se todo o rol de orientações já traçadas e concluindo a “parte 1” (cabeçalho) da petição, pode-se visualizar a petição inicial, até o presente momento, sendo edificada com a seguinte estrutura:

> Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... (em que tramita a ação de execução fiscal de onde emanou o ato de penhora ensejador dos presentes Embargos – art. 1.049, CPC) da Comarca do Município ...

Ação Principal: Ação de Execução Fiscal n.º ...

Distribuição por Dependência (art. 1.049, CPC)

Sociedade Ltda. PB, CNPJ, endereço, atos constitutivos anexos com todas as qualificações necessárias, vem, por meio de seu advogado, procuração acostada nos autos com especificações e endereço para os fins do art. 39, I, CPC, respeitosamente, perante V. Exa., nos termos dos arts. 282 e 1.046 a 1.054, todos do CPC, ajuizar os presentes

EMBARGOS DE TERCEIRO

em face do ato de penhora proferido no processo n.º ... na ação de execução fiscal em que litigam a União Federal como autora exequente e Pedro Barretto como réu executado, ambos devidamente qualificados nos autos do processo principal, o que se comprova nas folhas n.º ... dos referidos autos, e que gerou o esbulho/turbação na posse do veículo ... de titularidade do embargante, prejudicando direito e interesse seu, objetivando-se a desconstituição do referido ato com base nos fatos e fundamentos a seguir expostos.

Feito esse demonstrativo, passaremos, nos tópicos seguintes, à fase de elaboração daquela que chamamos de “Parte 2” da Petição Inicial, que abrange a *causa de pedir* (remota e próxima) e o *pedido*. Com a tríade *dos fatos, do direito e do pedido* (as duas primeiras compondo a *causa patendi*), procuraremos orientar o redator da peça vestibular para que insira alguns tópicos especiais na sua peça pedinte, alocando-os entre o item “dos fatos” e o item “do direito”. São tópicos específicos para que se teçam alguns sucintos comentários que reputamos importantes de serem frisados em uma prova, todos pertinentes ao tema, adequados à essência da ação de Embargos de Terceiro. Exatamente por se tratar de uma orientação para fins de realização de uma prova, em que o conhecimento técnico do candidato é avaliado, consideramos prudente que se adote o padrão que a seguir será indicado. Na vida real, por certo, não haveria a necessidade de se preocupar, com tamanha meticulosidade, com detalhes com os aludidos itens a serem valorados aqui na petição inicial que se recomenda fazer para fins de realização de uma prova.

Como veremos a seguir, recomendaremos a inclusão de *seis tópicos especiais*, todos inseridos após a narrativa dos fatos e antes da apresentação da tese que fundamenta juridicamente o pedido (item “do direito”). Os tópicos, como se verá na sequência, são *DA TEMPESTIVIDADE, DA DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA, DA PROVA SUMÁRIA DOCUMENTAL E DO ROL DE TESTEMUNHAS, DAS VERBAS SUCUMBENCIAIS, DA LIMINAR, e, por fim, DA SUSPENSÃO DO PROCESSO.*

Avaliemos detalhadamente cada um dos tópicos da segunda parte da petição inicial, incluindo, é claro, o clássico tripé de itens que erguem a causa de pedir e o pedido (dos fatos, do direito e do pedido).

4.3. A Parte 2 da petição inicial: causa de pedir (dos fatos e do direito) e pedido. Os tópicos especiais a serem destacados no corpo da petição inicial, intercalando a causa de pedir

4.3.1. Considerações iniciais fundamentais

Como regra, nessa segunda parte da petição inicial, bastaria, para fins práticos, que se redigisse um único tópico, no qual se narrasse a dupla estrutura da causa de pedir (descrevendo-se os fatos que motivaram o ajuizamento da ação e expondo-se os fundamentos jurídicos que lastreiam o pedido principal a ser feito), e, na sequência, apresentando-se o rol de pedidos a serem formulados. De fato, na vida real, é comum que muitos advogados, redigindo suas petições, assim se comportem. E, de todo, não haveria equívoco, pois restaria observada a exigência exposta no art. 282, CPC. Finda essa etapa, parte-se para a terceira e derradeira estrutura da petição inicial, já no prumo de encerrá-la, apondo-se valor à causa e concluindo o documento com aposição de local, data e assinatura do advogado.

Todavia, apesar do modo simplório supranarrado de redigir a segunda parte da petição, não é dessa forma que orientaremos nossos alunos, especialmente para fins de realização de uma prova. Em primeira monta, recomendo que separem, na petição, em dois tópicos distintos o item em que descreverão os fatos e o item em que apresentarão a fundamentação jurídica do pedido, para, após esse dueto de tópicos, apresentar, também em apartado, o item referente aos pedidos. Nesse linear, de fato, a nossa petição, terá, no mínimo, três itens da sua segunda parte, quais sejam: “Dos Fatos”, “Do Direito” e “Do Pedido”. Para fins de correção da peça processual pela comissão examinadora, essa forma de exposição se revela mais organizada e facilita o processo de correção, especialmente partindo-se da premissa de que todos esses itens são factíveis de deferimento de pontuação no espelho de correção.

O *plus,* todavia, que traremos para a nossa petição é que destacaremos no corpo dela seis itens apartados, cada qual deles correspondendo a um tema específico relativo à ação de Embargos de Terceiro que reputamos que podem ser suscetíveis de avaliação em uma prova, e, por assim ser, consideramos adequado que se faça expressa menção a todos eles. E, para fins de uma melhor organização e apresentação estrutural da petição, destacaremos cada um e todos eles separadamente, fora do tópico “Do Direito”, ainda que, sabemos todos, na vida real, todos esses seis tópicos poderiam vir incluídos dentro do item “Do Direito”. Entendemos, todavia, ser de melhor inteligência e eficiência para fins de prova seguir o padrão que ora apresentamos. A estrutura dessa segunda parte da petição teria a seguinte visualização:

DOS FATOS
DA TEMPESTIVIDADE DO AJUIZAMENTO
DA DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA
DA PROVA SUMÁRIA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL
DA CONDENAÇÃO EM VERBAS DE SUCUMBÊNCIA
DA LIMINAR E DA CAUÇÃO
DA SUSPENSÃO DO PROCESSO
DO DIREITO

DO PEDIDO

4.3.2. Dos fatos

Nesse tópico, o candidato deve narrar a situação fática que impulsionou o ajuizamento da ação. No caso de realização de prova, deve se ater à narrativa apresentada no quesito formulado pela comissão examinadora, não adulterando a história. Deve, com suas próprias palavras, transpor o ocorrido, não copiando a narrativa.

Nesse tópico, é fundamental que o autor informe qual o ato de apreensão judicial que ocorreu, afirmando ter-se materializado sua prática, bem como apontar qual foi o bem agredido, asseverando que o bem é de sua titularidade.

Deve, ainda, o autor, nessa narrativa dos fatos, informar qual foi a ação da qual emanou o ato judicial, indicando quem são os litigantes na contenda.

4.3.3. Da tempestividade do ajuizamento

Nesse tópico o embargante deve registrar, de modo sucinto e objetivo, que seu ajuizamento se faz de modo tempestivo, respeitando-se a regra temporal de admissibilidade prevista no art. 1.048 do CPC.

Caso o ato judicial de apreensão do bem tenha se dado em sede de ação de conhecimento, deve o autor afirmar que esta ainda não transitou em julgado, já que esse é o limite temporal para o cabimento dos Embargos de Terceiro, os quais podem, conforme autoriza o mencionado art. 1.048, ser ajuizados até o trânsito em julgado da demanda principal.

Já no caso de a ação principal ser uma ação executiva (ex.: penhora de bem e curso de ação de execução fiscal), o embargante deve informar que ainda não houve expedição de carta de arrematação, adjudicação ou remição, e que não se superou o prazo de cinco dias a contar dos respectivos atos, ora de arrematação, ora de adjudicação, ou, sendo o caso, de remição do bem. O prazo para interposição dos Embargos, nos casos de ato judicial constritivo emanado de processo de execução, é de até cinco dias a contar da eventual arrematação, adjudicação ou remição do bem, e desde que antes da expedição da respectiva carta. De perceber que, enquanto não houver a arrematação, a adjudicação ou a remissão, estar-se-á tempestivo o ajuizamento dos Embargos de Terceiro. E, mesmo após esses atos, ainda assim, desde que dentro do prazo de cinco dias e antes de expedida a carta correspondente ao ato, continuam cabendo os Embargos, os quais somente restarão intempestivos se a Carta for expedida, ou, se mesmo sem sua expedição, se passarem os cinco dias contados do ato arrematante, adjudicante ou de remição sem que a demanda seja proposta.

Aproveito e transcrevo o art. 1.048 do CPC, sítio legal de onde emana a regra temporal ora explicada:

> Art. 1.048, CPC. Os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença, e, no processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.

Por derradeiro, para fins ilustrativos, apresento ao leitor um modelo de escrita do tópico em comento, para fins de orientação a ser seguida na redação da peça quando da realização da Prova:

Ex. 1: Ação Principal como uma Ação de Conhecimento:

Registra o embargante que a presente ação se ajuíza tempestivamente, posto respeitada a regra temporal de admissibilidade da ação prevista no art. 1.048 do CPC. A ação principal de onde emanou o ato esbulhador/turbador da posse do autor ainda não alcançou o seu trânsito em julgado, pelo que cabíveis os presentes Embargos de Terceiro, pelo menos sob a ótica da tempestividade.

Ex. 2: Ação Principal como uma Ação Executiva

Registra o embargante que a presente ação se ajuíza tempestivamente, posto respeitada a regra temporal de admissibilidade da ação prevista no art. 1.048 do CPC. Ainda não há expedição de carta de arrematação, adjudicação ou remição do bem, nem exaurimento do prazo de cinco dias contados do ato de arrematação, ou adjudicação ou remissão, pelo que cabíveis os presentes Embargos de Terceiro, pelo menos sob a ótica da tempestividade.

4.3.4. Da distribuição por dependência

Nesse item da petição, o autor deve atentar para a orientação normativa emanada do art. 1.049 do CPC, que assevera que a distribuição se dará por dependência e serão formados autos distintos, não havendo a unidade de autos entre os que se formam com o ajuizamento da ação de Embargos de Terceiro e os autos já existentes da ação principal de onde emanou o ato esbulhador/turbador da posse. Ainda que caiba ao mesmo juiz da ação principal processar e julgar os Embargos de Terceiro, inequivocamente serão formados autos apartados, devendo a distribuição da ação acessória ser feita por dependência à principal, exatamente para que caiba o julgamento conjunto.

Por oportuno, aproveito para transcrever ao leitor a redação do ora comentado art. 1.049 do CPC:

CPC, Art. 1.049. Os embargos serão distribuídos por dependência e correrão em autos distintos perante o mesmo juiz que ordenou a apreensão.

Para fins ilustrativos, segue um modelo de redação para ser utilizado na petição no que tange ao tópico ora em análise:

Registra o embargante que, nos termos do disposto no art. 1.049 do CPC, a presente ação deve ser distribuída por dependência à ação principal, formando-se autos distintos para julgamento pelo mesmo Juiz da causa principal.

4.3.5. Da prova sumária documental e testemunhal

Nesse tópico da petição, o embargante deve atentar para a regra exposta no *caput* do art. 1.050 do CPC, o qual exige que seja apresentada prova documental quanto à titularidade do bem que se almeja defender, bem como da qualidade de terceiro que o embargante tem, evidenciando que ele não é parte no processo principal, pois, se o fosse, inadmissível seria o manejo da ação em comento. Além dessa prova documental, deve, desde logo, o autor indicar rol de testemunhas para que, caso seja necessário, o juiz possa arrolá-las, para que por meio dessa modalidade de produção de provas se possa constatar a titularidade da coisa esbulhada ou turbada.

Observe-se que o procedimento especial aplicável às ações de Embargos de Terceiro exige essa prova pré-constituída, algo que não pode ser desprezado pelo autor sob pena de substancial prejudicialidade à apreciação de suas alegações.

Deixo aqui transcrito o texto correspondente ao *caput* do art. 1.050 do CPC, para leitura da norma referente ao tema:

> Art. 1.050. O embargante, em petição elaborada com observância do disposto no art. 282, fará a prova sumária de sua posse e a qualidade de terceiro, oferecendo documentos e rol de testemunhas.

Deve o autor, portanto, diante do exposto, afirmar, quando da redação de sua petição inicial, que segue anexo rol de documentos que provam de modo incontroverso que ocorreu o ato de penhora e que o bem alvejado por essa penhora indevida é de titularidade do embargante, seu único e legítimo dono e possuidor, ficando provada, também, a sua qualidade de terceiro.

Deve ainda atentar para a necessidade de afirmar que segue anexo rol de testemunhas para, caso necessário, se produzir prova testemunhal quanto à titularidade do bem e, se preciso, quanto à sua qualidade de terceiro.

Para fins ilustrativos, deixo um modelo a ser seguido pelo leitor quando da elaboração do seu tópico na petição a ser redigida:

> *Registra o embargante que, nos termos do disposto no art. 1.050 do CPC, segue anexo no doc. ... rol de documentos que comprovam de modo incontroverso que ocorreu o ato esbulhador/turbador ora atacado, que o bem apreendido é de titularidade e posse do embargante, seu único e legítimo senhor e possuidor, bem como que o embargante não é parte do processo principal, restando devidamente provada sua qualidade de terceiro. Por oportuno, esclarece ainda o autor que segue também anexo (doc. ...) rol de testemunhas para, caso seja necessário, serem arroladas para a produção de provas testemunhais.*

4.3.6. Da condenação em verbas de sucumbência

A condenação ao pagamento de verbas sucumbenciais em favor do terceiro embargante sempre foi tema gerador de bons debates no âmbito doutrinário e jurisprudencial. É que nem sempre é possível imputar a culpa pela indicação do bem à constrição a qualquer das partes no processo principal. Quando se consegue apurar de quem é a culpa, menores são os problemas, imputando-se à parte que deu causa ao ato de esbulho/turbação da posse o dever de arcar com as verbas sucumbenciais. Esse é o entendimento que resta pacificado no Superior Tribunal de Justiça, consagrando o chamado ***Princípio da Causalidade*** (deve-se analisar quem deu causa ao ato), posicionamento esse que, de tão reiteradamente aplicado, ensejou a edição da famosa **Súmula 303 do STJ**, na qual, *in verbis*, se afirma:

> ***STJ, Súmula 303:*** *Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios.*

Todavia, nem sempre é possível apurar com precisão esse culpado, de modo que, às vezes, o ato judicial que atinge o bem do terceiro é praticado por erro dos próprios agentes do Judiciário, o que ocorre, por exemplo, nos processos executivos em que o Oficial lavra o auto de penhora de bem que supostamente seria do executado, sem que ele, o demandado, tivesse indicado o referido bem à constrição e, do mesmo modo, sem que o exequente pudesse ser considerado responsável por tal indicação.

Em tais situações, uma primeira linha de reflexão levaria ao entendimento de que não seria justo responsabilizar qualquer das partes, exequente e executado, pelos ônus sucumbenciais, já que não tiveram responsabilidade direta para que a constrição do bem do terceiro embargante tivesse

ocorrido. Todavia, também não seria honesto com o terceiro prejudicado privá-lo do ressarcimento nas custas suportadas, bem como furtar do seu advogado o acesso aos honorários de sucumbência. Daí que se deve perquirir qual das partes poderia praticar atos que evitassem a continuidade da desajustada situação, enxergando-se, na omissão em tal prática, a culpa que se busca apurar. Nem sempre é fácil.

Ao contrário, e como visto nas linhas supra, sendo possível apurar no processo principal se houve culpa do autor ou do réu na indicação do bem do terceiro para ser atingido pelo ato que o apreendeu, desaparece o problema, e, reafirme-se, contra essa parte deve ser imputado o ônus da sucumbência. Festeje-se, mais uma vez, a já citada Súmula 303. Daí que, por exemplo, nos processos executivos, quando a penhora recai sobre bem de terceiro que embarga o ato, os ônus sucumbenciais devem ser suportados pelo exequente, se esse indicou o bem para fins de ser penhorado, mas, ao contrário, tais encargos devem ser imputados ao executado nas hipóteses em que este nomeou bem de terceiro indevidamente indicando-o à penhora.

Quanto às situações em que o próprio Oficial de Justiça promove a penhora ao alvedrio de não ter ocorrido indicação do bem por qualquer das partes, entendo que, depois de intimadas as partes dessa penhora feita, o executado, ciente de que o bem é de terceiro, se nada fez para obstar a manutenção do gravame, deve ser responsabilizado pela sucumbência, pois, se tinha ciência de que o bem não era seu, e, nesses termos, jamais deveria silenciar e permitir a continuidade do feito.

Interessantes são as situações em que, no dia a dia, se penhora veículo que já foi alienado para um adquirente de boa-fé, o qual, todavia, ainda não formalizou no DETRAN a transferência da propriedade do veículo para o seu patrimônio. Sendo executado o alienante do automóvel, caso a penhora se dê sobre o bem já alienado, o adquirente, provando que já havia sido celebrado o negócio e que já havia lhe sido transferida a posse do bem, poderá, por certo, opor os Embargos de Terceiro, não há dúvida. Em tais situações, todavia, de perceber que de modo algum se pode culpar o exequente pela penhora feita sobre tal veículo, o qual ainda permanecia formalmente em nome do executado. Aliás, pelo contrário. Aqui, inequívoco que o bom senso e a coerência inclinam a baliza da condenação sucumbencial contra o alienante do automotor, executado, pois ele poderia ter diligenciado o comportamento do adquirente e exigido que ele efetivasse o procedimento de formalização da documentação de transferência no DETRAN, ou, sendo o caso, agisse ele próprio no escopo de efetivar a transferência da propriedade do veículo. Ora, se não o fez e tolerou que o veículo se mantivesse em seu nome, é claro que, quando o bem é penhorado em execução movida por aquele que lhe é credor, não se pode imputar a este a responsabilidade pelo feito. A razoabilidade aqui, com certeza, abre luzes que iluminam o direcionamento da condenação ao pagamento de verbas sucumbenciais em favor do terceiro embargante, adquirente do veículo, contra o executado, alienante do bem, que suportará tais encargos por força de sua desídia. Esse, aliás, é o entendimento do STJ quando tais situações ocorrem na prática, o que não raro se repete, no dia a dia.

A única ressalva ao entendimento que se acabou de narrar se dá quando o exequente, embargado nos Embargos de Terceiro, em vez de concordar com a alegação do embargante na defesa de sua posse, opta por questionar o mérito nessa ação do terceiro, contestando a titularidade possessória suscitada pelo embargante. Diante de tal opção (lícita, frise-se), o exequente, que prefere contestar o

direito alegado pelo autor embargante, chama para si o risco de assumir o encargo de pagar as verbas sucumbenciais. Nessa circunstância, caso os Embargos sejam julgados procedentes, ao arrepio de sua contestação, prevalecendo a argumentação e provas produzidas pelo terceiro na defesa de sua posse, o exequente assumirá o dever de pagar as verbas sucumbenciais, ficando o executado livre de tal encargo. É que o STJ entende que, quando o exequente embargado opta por enfrentar o embargante, ao arrepio de todas as provas documentais apresentadas por este quanto à sua titularidade possessória, ele assume uma posição de embate, de confronto direto com o embargante, de modo que o STJ compreende que tal configuração fática na lide deve excluir a responsabilidade sucumbencial do executado que não havia registrado o veículo. E assim realmente é para fins práticos.

Portanto, essencial perceber que, quando ocorrem essas situações na vida real, em que se penhora veículo já alienado, mas ainda não registrada a documentação e efetivada a formalização da transferência da propriedade do bem para o adquirente, ajuizados os Embargos de Terceiro, o ônus sucumbencial será, ***como regra*** e ***em um primeiro momento***, imputado ao executado na ação de execução em que se penhorou o veículo, executado esse que é o alienante da coisa e que por desídia não diligenciou essa efetivação do procedimento de transferência da propriedade da coisa. Todavia, se, após ajuizada a ação e citadas as partes, optar o credor exequente por contestar o mérito dos Embargos de Terceiro, afasta-se a culpa do executado, torna-se inaplicável o entendimento da Súmula 303 do STJ, direcionando-se a responsabilização pelas despesas de sucumbência contra esse credor exequente (o próprio Tribunal age assim, afastando a aplicação do entendimento sumulado nesses casos de contestação apresentada pelo exequente). No campo das execuções fiscais, se o fisco contestar nos Embargos de Terceiro tentando sustentar a manutenção do ato de apreensão do bem, caso os Embargos sejam julgados procedentes, caberá à Fazenda exequente pagar as verbas de sucumbência em favor do terceiro embargante.

Oportuno acrescer que tal entendimento vale igualmente nas situações em que o objeto da penhora é um bem imóvel, e não o veículo. É que a mesma moldura fático-jurídica se repete quando o imóvel penhorado ainda consta em nome do executado, mas é objeto de promessa de compra e venda celebrada em favor de terceiro adquirente, anteriormente à inscrição em dívida ativa do débito exequendo, sendo que esse promitente comprador não procedeu ao registro da promessa no Cartório imobiliário. Havendo a oposição dos Embargos de Terceiro por esse promitente comprador, os honorários sucumbenciais serão suportados pelo executado, promitente vendedor, *salvo se o exequente contestar as alegações do embargante,* questionando em contestação sua defesa, tentando defender a manutenção do ato de penhora. Nesses casos, igualmente como demonstrado na questão da penhora de veículo, caberá ao fisco exequente pagar ao embargante vencedor as verbas de sucumbência.

Vale a pena a leitura de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, e, dentre muitos, merecem citação o **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1.325.959/GO**, julgado em **16.10.2012** na **Primeira Turma do STJ**, com relatoria do **Ministro Benedito Gonçalves**. Quanto ao notável precedente, transcrevo parte do voto de lavra do ilustre relator, em face da

percuciência e lucidez com que abordou o tema, além da louvável didática e precisão na escrita:

> No presente recurso insurge-se o Estado de Goiás contra a sua condenação nos ônus sucumbenciais, ao argumento de que a penhora levada a efeito nos autos da execução fiscal efetivou-se exclusivamente por desídia do executado, o qual não teria efetuado o registro da aquisição do veículo descrito nos autos junto ao DETRAN/GO, o que teria redundado no ajuizamento dos referidos embargos de terceiros.
>
> A Corte local, ao julgar a demanda, consignou de forma expressa que, **"uma vez ciente o credor/embargado do óbice à persistência da constrição (penhora), ao invés de prontamente concordar com o seu levantamento, passa a resistir ao pedido formulado em sede de embargos de terceiro, pugnando, inclusive, pela manutenção do gravame que incidia sobre o veículo objeto da pretensão originária, nos exatos termos da contestação oferecida pelo Estado apelante às fls. 40/45 (art.1.053, do CPC), cuja peça foi instruída dos documentos de fls. 46/68".**
>
> É certo que esta Corte, analisando a sucumbência à luz do princípio da causalidade, pacificou entendimento no sentido de que, nos embargos de terceiro, os honorários sucumbenciais devem ser de responsabilidade daquele que deu causa à penhora indevida.
>
> Assim, constatada a desídia do promitente comprador em fazer o registro no órgão competente, este deve ser condenado a arcar com os honorários de sucumbência nos embargos de terceiro.
>
> É nesse sentido a redação da Súmula 303/STJ, *verbis*: "Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios".
>
> Entretanto, afasta-se a aplicação da referida súmula quando o embargado (exequente) opõe resistência às pretensões do terceiro embargante, desafiando o próprio mérito dos embargos.

No mesmo sentido, oportuna também a citação de julgado de igual teor, reportando situação de penhora em imóvel já alienado em compromisso de compra e venda, mas sem registro da avença, realizado no mês de março de 2012, mais precisamente julgado em **01.03.2012,** também na **Primeira Turma do STJ**, e tendo novamente como relator o eminente **Ministro Benedito Gonçalves.** No caso, trata-se do **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.282.370/PE**, cuja ementa, rica em indicação de precedentes, segue transcrita:

> **Processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Execução fiscal. Embargos de terceiro. Penhora de bem imóvel. Inexistência de registro. Resistência aos embargos. Honorários advocatícios. Cabimento. Súmula 303/STJ.**
>
> 1. É certo que esta Corte, analisando a sucumbência à luz do princípio da causalidade, pacificou entendimento no sentido de que, nos embargos de terceiro, os honorários sucumbenciais devem ser de responsabilidade daquele que deu causa à penhora indevida. Assim, constatada a desídia do promitente comprador em fazer o registro da promessa no Cartório de Imóveis, este deve ser condenado a arcar com os honorários de sucumbência nos embargos de terceiro. É nesse sentido a redação da Súmula 303/STJ, *verbis*: "Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios".
>
> 2. Entretanto, afasta-se a aplicação da referida súmula quando o embargado (exequente) opõe resistência às pretensões do terceiro embargante, desafiando o próprio mérito dos embargos. **Precedentes: REsp n.º 777.393/DF**, Corte Especial, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJU* 12.06.2006; **REsp n.º 935.289/RS**, 1.ª Turma, Rel. Min. José Delgado, *DJU* 30.08.2007; **AgRg no AG n.º 807.569/SP**, 4.ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, *DJU* 23.04.2007; e **REsp 627.168/PR**, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJU* 19.03.2007; **REsp 805.415/RS**, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 12.05.2008; **AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 960.848/RS**, Rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 25.08.2009 **(grifo nosso).**
>
> 3. Agravo regimental não provido **(AgRg no REsp 1282370/PE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1.ª Turma, j. 01.03.2012, *DJe* 06.03.2012).**

Seguindo em frente, válida ainda a averbação de uma interessante opinião, compartilhada por muitos colegas da advocacia e também da própria magistratura, no sentido de que, para fins de prática, não é ônus do Embargante decidir contra quem se imputará o custo das despesas sucumbenciais, sendo do magistrado que julgará a causa o dever de assim decidir. O que cabe, nesse linear, ao advogado do terceiro embargante é formalizar o pedido que se condene a parte sucumbente aos ônus sucumbenciais, destacando as custas processuais e os honorários advocatícios, sendo do

juiz a função de decidir, nos termos da orientação jurisprudencial firmada, quem realmente merecerá ser condenado a tal pagamento. Nesse prumo, essa é, ao que nos parece evidente, a real obrigação do advogado: ***pedir a condenação*** da parte sucumbente ao pagamento das verbas. Apenas isso. O *plus* não lhe é de obrigatório cumprimento.

No que tange à elaboração da petição inicial em uma prova, em um concurso, acho oportuno que o candidato abra um tópico na petição e destaque essa temática. Dedique algumas linhas ao tema e exponha que as custas devem ser suportadas por aquele que deu causa ao problema. Não se omita em citar a Súmula 303 do STJ. Se no quesito apresentado na prova for especificado quem indicou o bem indevidamente para a constrição, sem dúvidas que o candidato deve afirmar na sua redação que contra esse deve ser imputado o ônus da sucumbência. No mínimo, protege-se para eventual critério de pontuação que possa ser deferido no espelho de correção. Indo além, demonstrar bom conhecimento é sempre louvável. E, indo além, sendo um desses aqui acima narrados e estudados, que impute ao exequente o ônus sucumbencial se esse enfrentou o embargante no mérito dos embargos. Não tendo sido contestado, que se impute ao executado tal dever de pagamento.

Em face de todo o exposto neste tópico, deixo aqui, a título ilustrativo, uma sugestão de como redigir o tópico em comento no momento da prova, na petição a ser escrita:

Ex. 1:

Postula o embargante, possa V. Exa., caso julgue procedente a presente ação, avaliar contra qual dos litigantes no processo principal deve se imputar o ônus da sucumbência, condenando a parte responsável pela indicação do bem à apreensão a tal dispêndio financeiro, valorando o princípio da causalidade de aplicação atinente à matéria, vide Súmula 303 do STJ. No caso em tela, é notório, como se avalia nos autos do processo principal, que quem indicou o bem à penhora foi o exequente, pelo que sugere o embargante que contra esse se imponha o encargo de ressarcimento das custas processuais e pagamento dos honorários advocatícios.

Ex. 2:

Postula o embargante, possa V. Exa., caso julgue procedente a presente ação, avaliar contra qual dos litigantes no processo principal deve se imputar o ônus da sucumbência, condenando a parte responsável pela indicação do bem à apreensão a tal dispêndio financeiro, valorando o princípio da causalidade de aplicação atinente à matéria, vide Súmula 303 do STJ. No caso em tela, a jurisprudência do STJ é no sentido de ter ocorrido desídia do executado em não diligenciar a efetivação do procedimento de transferência da propriedade do bem alienado, pelo que, contra ele, deve ser imputado o ônus sucumbencial, salvo a hipótese de o exequente vir a se insurgir contra as presentes alegações, contestando o mérito nos presentes embargos, situação em que, nos termos da robusta jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça, deve ser afastada a aplicação da Súmula 303 da Corte e contra o exequente embargado contestante deve se impor o encargo de ressarcimento das custas processuais e pagamento dos honorários advocatícios.

4.3.7. Da liminar e da caução

Havendo indício de uma necessidade emergencial de se proteger a posse do bem com imediatez, deve o advogado, na redação da petição, formalizar o pedido de que se defira a proteção possessória em sede liminar, antecipando os efeitos da tutela jurisdicional pretendida. Ainda que o provimento jurisdicional almejado seja provisório, precário, alcançá-lo no caso concreto pode ser, muitas vezes,

vital para o titular da coisa que está sofrendo a turbação ou esbulho na sua posse.

A concessão da liminar é autorizada expressamente no CPC, no art. 1.051. E aqui, para esse específico caso de concessão de tutela de urgência, há uma especialidade: é que o direito de obter a liberação do bem em sede antecipatória carece que se dê, em contrapartida, uma caução. Ou seja, trata-se de hipótese especial em que a concessão da tutela depende de uma contracautela. O bem que se quer ver liberado emergencialmente do esbulho/turbação pode ser de fato liberto dos efeitos do ato, mas, por se tratar de juízo precário, sem que se possa afirmar pela certeza de que o mesmo será mantido ao final, é necessário proteger o interesse da parte no processo principal a quem favorece o ato de apreensão do bem. Nesses moldes, entendeu o legislador que será um ônus do embargante oferecer a caução, para que então possa o juiz, antes mesmo do final da demanda, desonerar o bem, liberando-o e restabelecendo a integridade e regularidade da posse em favor do legítimo titular.

No pedido da liminar, deve o autor, normalmente, como seria em praticamente qualquer caso de tutela de urgência, demonstrar os requisitos essenciais que viabilizam o deferimento de tal medida, quais sejam: de um lado, o seu bom direito visível, fomentando a convicção para o magistrado de que há um contundente juízo de probabilidade de ele realmente deferir a tutela jurisdicional pretendida em definitivo ao final, e, do outro lado, o risco de ocorrer um dano de difícil ou incerta reparação caso a medida não possa ser realmente antecipada *in limine*, expondo-se o perigo na demora de conceder a tutela jurisdicional almejada somente ao final da ação. Demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, comprovada a titularidade da coisa, apontado realmente o risco de se suportar um prejuízo grave, e, especialmente, oferecida a caução, não há razão para que o magistrado negue o pedido, devendo, sua excelência, ponderando interesses, conceder a liminar, permitindo que esse tipo de provimento realmente alcance a efetividade que o ordenamento jurídico espera dele, qual seja, evitar a consumação de um dano grave, injusto, de reparação difícil ou incerta, por força da demora do trâmite do processo na busca da tutela jurisdicional protetiva.

Na redação do tópico na petição, sugiro que o embargante tenha a atenção de seguir alguns passos, técnicos, para que faça de modo realmente bem feito o seu pedido de deferimento da liminar. São, na verdade, aqueles que chamo de *os sete passos capitais* para se conseguir a liminar. Para fins de uma prova, é mais importante do que nunca ter atenção com essa orientação e seguir os sete passos. Nesse prumo, sugiro que, no tópico, o peticionante faça o seguinte:

a) peça a liminar, fundamentando o pedido nos arts. 1.051 e 273 do CPC;

b) afirme que restou devidamente provado que o bem é de titularidade do autor, o que, por si só, já revela a fumaça do bom direito, erguendo o juízo de probabilidade de que a medida será deferida em definitivo ao final;

c) afirme que existe risco de ocorrer um dano de difícil ou incerta reparação caso a liminar não seja deferida, registrando que o perigo da mora também está presente;

d) indique qual é esse dano que será suportado caso a liminar não seja deferida; se não souber, na prova, qual seria o dano, afirme que o mesmo segue especificado em documento anexo; o que

importa é que você demonstre que você sabe que, se o dano não for relatado, o juiz não defere a liminar;

e) afirme que a caução está disponível, em valor correto, conforme se comprova em documento anexo;

f) peça para ser expedido o mandado de manutenção/restituição da posse da coisa em favor do embargante;

g) peça para ser confirmada a ordem ao final, convertendo-se a decisão liminar em definitiva.

A título ilustrativo, apresento um modelo de escrita para servir como referência para a redação desse tópico específico na petição inicial:

O embargante pede, possa V. Exa., deferir a proteção à posse da coisa em favor do embargante, liminarmente, já que restam obedecidas as exigências previstas nos arts. 1.051 c/c 273, ambos do CPC.

A titularidade da posse sobre a coisa apreendida resta devidamente provada, conforme se depreende dos documentos anexados, pelo que a fumaça do bom direito resta inequívoca, erguendo de modo robusto o juízo de probabilidade no sentido de se confirmar a decisão em favor do embargante ao final.

Existe também risco real de ocorrência de dano de difícil ou incerta, quiçá impossível reparação, contra o autor, caso a liminar não seja deferida e a tutela jurisdicional pretendida somente venha a ser deferida ao final. O perigo da mora se demonstra visível.

Quanto ao dano supranarrado, o mesmo segue minuciosamente explicitado no doc. ... anexo.

Obedecendo a exigência prevista no art. 1.051 do CPC, o embargante apresenta caução, idônea, em limite suficiente, para assegurar que não há risco de prejuízo às partes no processo principal, conforme se comprova no doc. ... anexo.

Pede, portanto, possa ser expedido de plano o mandado de ordem para manutenção/restituição da posse em favor do embargante.

Pede, por fim, em face de todo o exposto, que se defira medida protetiva em caráter liminar, convertendo-a em definitiva ao final do processo.

Após apresentado o modelo a ser seguido, aproveito para transcrever ao leitor o citado art. 1.051 do CPC que normatiza o tema:

CPC, Art. 1.051. Julgando suficientemente provada a posse, o juiz deferirá liminarmente os embargos e ordenará a expedição de mandado de manutenção ou de restituição em favor do embargante, que só receberá os bens depois de prestar caução de os devolver com seus rendimentos, caso sejam afinal declarados improcedentes.

4.3.8. Da suspensão do processo

Porquanto perdure a análise do processo na Ação de Embargos de Terceiro, é de bom grado que

se suspenda o andamento do processo principal, pelo menos no que tange à parcela dele que é afetada pelo bem indevidamente apreendido. Se esse bem apreendido corresponde a toda a garantia dada no processo principal, este deve ficar totalmente parado; todavia, se existem outros bens também apreendidos no processo principal, sendo que o bem do terceiro embargante é apenas um deles, não há sentido para que se pare o processo como um todo, sendo legítimo o seu natural prosseguimento quanto aos demais atos; nessa última hipótese, a suspensão deve ser parcial do processo, afetando-se apenas a parcela dele que realmente fique comprometida por força de ser o bem apreendido objeto de discussão em sede de Embargos de Terceiro.

Nesse sentido, é de bom alvitre que o advogado, redigindo a petição, formalize esse pedido de suspensão do processo principal até que se esgote a discussão no bojo da ação acessória, sendo, tal pedido, ora de suspensão total, ora suspensão parcial do processo principal, dependendo da análise do caso concreto. A matéria resta prevista no art. 1.052 do CPC, o qual, por ser oportuno, transcrevo:

> CPC, art. 1.052. Quando os embargos versarem sobre todos os bens, determinará o juiz a suspensão do curso do processo principal; versando sobre alguns deles, prosseguirá o processo principal somente quanto aos bens não embargados.

Para fins mais uma vez demonstrativos, apresento um modelo sugestivo para ser seguido quando da redação desse tópico na petição inicial a ser elaborada:

> *O embargante pede, possa V. Exa., nos termos do disposto no art. 1.052 do CPC, suspender o andamento do processo principal, até que se decida a causa aberta nos presentes Embargos, no que tange aos atos pertinentes ao bem indevidamente apreendido.*

4.3.9. Do direito

Nesse tópico, deve o autor da petição atentar para um fato importante: ***o seu direito se resume à conquista da liberação do bem, conquistando a restituição (ou a manutenção) de sua posse, livrando-se dos efeitos do esbulho (ou da turbação)***. Observe-se que não cabe ao auto adentrar na discussão de mérito da ação principal, já que, além de não ser parte, não há interesse seu no objeto da discussão, mas apenas em liberar o seu bem que teve a posse indevidamente atingida. Em outras palavras, constate-se que o embargante, na linguagem popular, não deve se intrometer na discussão central sobre a qual se ergue a contenda na ação principal. Não é esse o seu direito. O direito que está em jogo, para ele, terceiro embargante, é o direito de não ter um bem seu destinado a assegurar dívida de outrem, quando ele, na qualidade de terceiro, não é nem devedor nem garantidor.

Nesse tópico, da apresentação da fundamentação jurídica do pedido principal, recomendo que o embargante afirme que, de acordo com a teoria da responsabilidade patrimonial aplicada no nosso ordenamento jurídico, somente o patrimônio do próprio devedor, ou, eventualmente, de seus garantidores, deve responder pelas dívidas que gerou para com terceiros. Ou seja, se uma pessoa não é a legítima devedora nem pode ser considerada garantidora do devedor, não deve ter seu patrimônio atingido para responder pela dívida gerada por outra pessoa em favor de seu legítimo credor. Essa é a argumentação que impulsiona o manejo da Ação de Embargos de Terceiro.

No mérito, deve ainda ter o embargante o cuidado de especificar se o ato de apreensão judicial configura situação de *esbulho* ou de *turbação* na posse da coisa que está sendo agredida, pois, para

que haja o adequado uso da linguagem e identificação correta dos institutos, caso se trate de situação de *esbulho*, o pedido será de *restituição* na posse da coisa, porquanto, se o caso for de *turbação*, deparar-se-á o autor com a necessidade de formalizar o pedido de *manutenção na posse*. Isso, claro, para que se redija a petição de modo estritamente técnico. Todavia, se o peticionante tiver dúvida quanto à adequação de qual instituto de atentado possessório se trata, se *esbulho* ou *turbação*, recomendamos que faça referência a ambos, sempre alternativamente, demonstrando-se tratar ou de um ou de outro caso.

Por fim, quero deixar uma recomendação final. Para fins de realização de uma prova, um concurso, ***e apenas para esses casos***, recomendo que, caso o quesito apresentado narre um problema na ação principal que seja de visível identificação do vício, deixando-se claro qual das duas partes está correta (autor ou réu), sugiro, *unicamente para fins de realização de uma prova* (não há que se fazer isso na vida real) que o candidato teça sucintos comentários sobre o mérito da ação principal. E deixando claro que a escrita tem caráter apenas de ***comentário***, não tratando de defesa do próprio direito. Ou seja, no caso, cuida-se da ***mera emissão de uma opinião, um simples comentário***.

A intenção do autor que aqui escreve essas palavras, ao sugerir essa redação, tecendo um breve e objetivo comentário sobre a questão meritória, ***deixando-se claro tratar de mera emissão de uma opinião manifestada pelo embargante***, tem a finalidade única de prevenir o candidato contra um inesperado possível padrão de correção da prova apresentado pela comissão examinadora, valorando e pontuando o candidato que tenha tecido comentários quanto à questão de mérito na causa principal, o que, não obstante não fosse da melhor adequação, poderia acontecer, por se tratar de uma prova, em que a situação não passa de uma simulação de um caso da vida real, e, avalia-se e mede-se o conhecimento dos candidatos. Portanto, **sempre reiterando que na vida real o embargante, na ação de Embargos de Terceiro, não deve adentrar na questão meritória da causa principal,** sugiro que, na redação da petição em uma prova de concurso, no Exame de Ordem, o candidato teça *sim* comentários sobre o mérito, se esse for exposto na narrativa da questão. Faça de modo extremamente objetivo, rápido, direto, sem rodeios, e ***registre se tratar de mera manifestação de opinião***.

Quanto à inserção desse comentário na sua petição inicial *elaborada* ***na prova***, recomendo que se faça, por exemplo, na seguinte linha de conduta:

> *Por oportuno, e meramente a título de emissão de uma opinião, já que não ingressa no plano do interesse jurídico do autor na presente ação, não fazendo parte do mérito da causa que ora se ergue, o embargante entende que assiste razão ao autor na ação principal, por força dos argumentos "x", "y" e "z", o que, todavia, nem por isso, legitima o ato indevido de apreensão judicial de seu bem, esbulhando-se/turbando-se sua posse.*

4.3.10. Do pedido

Esse é, sem dúvidas, o mais importante item da petição inicial, sem prejuízo da relevância dos demais tópicos da petição, especialmente a qualificação das partes e a apresentação da causa de pedir. Entretanto, o ***pedido*** é, sem dúvidas, o ***núcleo*** da ação, em que se expõe exatamente o rol de

pleitos que se vêm, por intermédio da ação, postular ao Poder Judiciário.

Além do pedido principal, central, que é o que realmente move a ação e impulsiona seu ajuizamento, outros pedidos devem ser feitos acessoriamente a esse pedido principal. Como sabido, tudo aquilo que o autor precisa pedir que o juiz aceite, concorde, faça, defira, ele deve formalizar de modo expresso na sua petição. Assim sendo, o item *"Do Pedido"* deve ser redigido com especialíssima atenção, para que não se esqueça de inserir cada um dos requerimentos que precisam ser formalizados.

No modelo de petição que orientamos, e especialmente com o foco de treinar candidatos para a elaboração de petições em provas de concursos e no Exame de Ordem, recomendamos que se façam nove pedidos; além do pedido principal de que se julgue procedente a ação para fins de liberar o bem da apreensão restabelecendo (mantendo) a regularidade da posse do embargante, entendemos que devem ser feitos mais oito pedidos, alguns deles, já devidamente destacados, no itens anteriores da estruturação da petição inicial, conforme se ensinou até aqui, como é o caso do pedido de deferimento da liminar e o correlato pedido de aceitação da caução proposta, o pedido de suspensão do processo, o pedido que receba as provas documentais apresentadas e o rol de testemunhas indicadas, além da produção de outras, se necessário, e o pedido de condenação da parte sucumbente ao pagamento das verbas sucumbenciais. Outros pedidos, todavia, como a citação dos embargados, bem como o pedido de que se proceda nos termos do art. 1.053 c/c o art. 803, são pedidos que ainda não foram comentados. Avaliemos esses pedidos.

Como a ordem em que os pedidos serão apresentados não tem qualquer relevância, sugiro (e isso meramente pelo costume como particularmente faço) que se façam primeiro os pedidos acessórios e, por fim, conclua-se o tópico com o pedido principal. Nesses termos, os três primeiros pedidos a serem feitos têm correlação com os arts. 1.049 e 1.053; são eles:

a) requerer se processe a distribuição por dependência formando-se autos distintos, nos termos do art. 1.049, CPC;

b) requerer a citação dos embargados, tanto o exequente como o executado, para que possa o legitimado apresentar contestação no prazo de dez dias, nos termos do art. 1.053 do CPC;

c) requerer que, caso não seja apresentada a contestação no prazo de dez dias, sejam confirmadas como verdadeiras as alegações do embargante e que se proceda ao julgamento da causa no prazo de cinco dias, nos termos dos arts. 803 e 1.053 do CPC.

Formalizados esses três primeiros requerimentos, recomendo que o autor efetue, na sequência, outros dois pedidos superimportantes, referentes às provas e à condenação do sucumbente ao pagamento das verbas sucumbenciais. Dessa forma, deve o advogado, ao redigir a petição:

a) requerer receba a juntada de documentos com finalidade de provar a titularidade do bem e a permissão para a produção de provas, se necessário for, especialmente a prova testemunhal, conforme rol de testemunhas indicado anexo, nos termos do art. 1.050 do CPC;

b) requerer a condenação do réu sucumbente ao pagamento das verbas sucumbenciais, destacando os honorários de advocacia e as custas processuais, conforme toda a explanação já antes exposta.

Dando seguimento à estruturação da petição, lembro que há mais três pedidos também superimportantes, já comentados linhas *retro*, referentes à liminar e à suspensão do processo. Por logo, deve o peticionante:

a) requerer se suspenda o processo principal no que tange ao bem penhorado, nos termos do art. 1.052 do CPC;

b) reafirmar pedido de deferimento da liminar, conforme antes exposto e nos termos do art. 1.051 do CPC, confirmando-a ao final;

c) reafirmar pedido de aceitação da caução proposta para fins de viabilização do deferimento da medida liminar e seu levantamento ao final com o julgamento de procedência da ação.

Por fim, para concluir o tópico, deve o advogado formalizar o pedido principal, aquele que realmente revela o fim maior que se almeja concretizar com o ajuizamento da ação. Logo, deve ainda o autor:

a) requerer, por fim, julgue procedentes os presentes Embargos para fins de declarar que o bem pertence ao embargante, desconstituir o ato de penhora, invalidando-o, expedindo ordem de liberação do bem, assegurando ao embargante a manutenção/restituição possessória da coisa.

Escritos na petição todos esses nove pedidos, podemos assegurar que a petição está completa, apresentando todos os requerimentos que precisam ser formalizados.

4.4. A Parte 3: o valor da causa e o fechamento da petição

Para encerrar a petição inicial, o advogado do embargante deve valorar a causa e, por fim, reafirmar o pedido de deferimento, assinando e datando a petição (em uma prova o candidato jamais deve colocar seu nome como advogado, pois tal conduta, provavelmente, implicará a imediata desclassificação do certame, pois será compreendida como ato de autoidentificação, quebrando a impessoalidade do sistema de correção – em praticamente todos os editais é prevista a pena de exclusão imediata do concurso para o candidato que se identifica).

Para valorar a causa, deve ser imputado o valor que corresponde ao valor do bem que foi apreendido e que se pretende ver liberado. Essa é, sem dúvida, a dimensão patrimonial do feito. Sempre obedecendo às regras gerais emanadas dos arts. 258 a 261 do CPC, deve o embargante, de

fato, atribuir à causa o valor que corresponda ao valor do bem.

A título ilustrativo, o fechamento da petição pode ser feito da seguinte maneira:

Dá-se à causa o valor de R$ ...

(valor do bem penhorado – CPC, arts. 258 a 261)

Termos em que pede deferimento,

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

5. MODELOS COMPLETOS DE PETIÇÃO INICIAL

5.1. Embargos de Terceiro em Execução Fiscal na Justiça Federal. Penhora sobre imóvel objeto de promessa de compra e venda não registrada, celebrada antes da inscrição em dívida ativa da dívida executada. Terceiro embargante promitente comprador

Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da ... Vara Federal (em que tramita a ação de execução fiscal em que se promoveu o ato de penhora ora embargado) da Subseção Judiciária do Município ... na Seção Judiciária do Estado ...

Execução Fiscal n.º ...

Distribuição por Dependência

Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF e Identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração anexa com todas as qualificações necessárias para os fins do art. 39, I, CPC, respeitosamente, perante V. Exa., nos termos dos arts. 109, I, CRFB/1988, 282, 591, 1.046 a 1.054 do CPC, ajuizar os presentes

EMBARGOS DE TERCEIRO

Em face do ato de penhora de bem de propriedade do embargante, efetuado na Execução Fiscal n.º ... promovida pela União Federal, pessoa jurídica de direito público interno e sua respectiva Fazenda Pública nacional, em face de Fulano de Tal, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF e identidade, domicílio e residência, ora embargados, objetivando liberar o bem da constrição, com base nos fatos e fundamentos a seguir narrados.

DOS FATOS

• Narrar a situação fática em que houve a contrição indevida do bem;

• Indicar as folhas nos autos do processo principal em que consta acostada a cópia do termo/auto de penhora.

DA TEMPESTIVIDADE DO AJUIZAMENTO

• Afirmar que o ajuizamento se faz tempestivo, dentro do prazo de cinco dias a que se refere o art. 1.048 do CPC, registrando que ainda não houve expedição de carta de arrematação, adjudicação ou remição do bem.

Obs.: essa referência à tempestividade se dá apenas em caso de a ação principal ser ação de execução, já que, caso se tratasse de ação de conhecimento, a referência à tempestividade da oposição dos Embargos de Terceiro se faria informando que ainda não houve o trânsito em julgado da demanda cognitiva.

DA DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA

 Pedir que se processe a distribuição da Petição Inicial por dependência ao processo principal, formando-se autos distintos, nos termos do art. 1.049 do CPC, para julgamento pelo mesmo juiz da causa do processo principal.

DA PROVA SUMÁRIA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL

• Afirmar que segue anexo rol de documentos que provam de modo incontroverso que ocorreu o ato de penhora e que o bem alvejado por essa penhora indevida é de titularidade do embargante, seu único e legítimo dono e possuidor, ficando provada, também, a sua qualidade de terceiro.

• Afirmar que segue anexo rol de testemunhas para, caso necessário, se produzir prova testemunhal quanto à titularidade do bem.

DA CONDENAÇÃO EM VERBAS DE SUCUMBÊNCIA

• Afirmar que o ônus suportado com custas, bem como o direito a honorários de advocacia, devem ser integralmente suportados pela parte que foi responsável pela indicação indevida do bem à penhora; citar a aplicação do princípio da causalidade; citar a Súmula 303 do STJ; sendo perceptível na questão que a responsabilidade pela indicação do bem à penhora foi do executado, que esse seja condenado ao pagamento das verbas sucumbenciais; se for do exequente, que a ele se impute a condenação no pagamento das verbas sucumbenciais.

DA LIMINAR E DA CAUÇÃO

• Pedir o deferimento da ordem de liberação do bem da constrição em sede liminar, nos termos do art. 1.051, CPC, com a expedição do mandado de manutenção/restituição do bem na posse do embargante;

• Informar que está sendo oferecida a caução exigida no art. 1.051 do CPC para fins de viabilizar o deferimento da liminar, a qual segue especificada em documento anexo;

• Pedir para ao final ser confirmada em definitivo a liminar e autorizado o levantamento da caução.

DA SUSPENSÃO DO PROCESSO

• Pedir que o juiz suspenda o processo principal, no que tange ao bem indevidamente penhorado; se esse bem for equivalente a toda a penhora no processo executivo, que se suspenda na totalidade o feito; se o bem corresponder à parte do objeto penhorado, que o processo siga no restante, mas reste suspenso em relação aos atos praticados no que tange ao bem penhorado de modo equivocado; tudo nos termos do art. 1.052, CPC.

DO DIREITO

• Sustentar, em linhas iniciais, o direito de uso da defesa em sede de Embargos de Terceiro, afirmando que somente o devedor, ou seus eventuais garantidores, é que devem responder pelas dívidas perante o legítimo credor, não se estendendo os efeitos da responsabilidade patrimonial a terceiro não vinculado à relação jurídica obrigacional que fomentou a execução do débito; citar o art. 591 do CPC.

• Afirmar que, mesmo não tendo ocorrido o registro do compromisso de compra e venda, ainda assim é possível defender a posse do bem, pois o contrato se celebrou antes da inscrição em dívida ativa da dívida exequenda, o que prova a boa-fé do promitente comprador que celebrou o contrato antes de o fisco penhorar o bem na execução ajuizada em face do promitente

vendedor; citar que NÃO SE APLICA O ENTENDIMENTO DA SÚMULA 621 DO STF, que foi feita em 1984, anteriormente à Constituição de 1988, e que, após a nova Carta, a matéria passou a ser discutida no âmbito do STJ e não mais do STF, tratando-se de tema infraconstitucional, e, nesses termos, se aplica a **Súmula 84 do STJ, e não mais a Súmula 621 do STF, superada.** Afirmar que, como o contrato é anterior à inscrição em dívida ativa, ***não há fraude à execução***, de modo a que não se aplica o art. 185 do CTN (afirmar expressamente que não se aplica o art. 185, CTN), deixando claro que o executado, quando celebrou a promessa de compra e venda, não tinha interesse de fraudar a execução, já que sequer havia dívida ativa inscrita; essa comprovação é fundamental para o direito do terceiro, embargante, promitente comprador, que teve o imóvel objeto da promessa penhorado.

• Se a questão apresentada demonstrar qual é a dívida que está sendo executada, recomendo que o candidato comente a questão, mesmo sabendo que esse ônus não lhe cabe no processo. Para fins de prova, entendo prudente que o candidato teça pelo menos alguns comentários sobre o mérito da dívida exequenda. Caso seja legítima a execução, que cite os fundamentos favoráveis ao exequente e afirme que a execução deve ser julgada procedente; caso seja indevida a demanda executiva proposta em face do executado, que cite os argumentos pelos quais a execução não deve prosperar, afirmando que, caso o executado se defenda, pelos meios adequados (Embargos à Execução Fiscal ou, sendo o caso, Exceção de Pré-executividade), a ação executiva deve ser tida como improcedente. Desse modo, a título de exemplo, se a execução é infundada, por tratar de cobrança de Imposto de Renda sobre verba indenizatória, recomendo que o candidato no momento em que estiver redigindo sua peça comente que não incide imposto de renda sobre indenização, afirmando que não há fato gerador, citando as súmulas do STJ sobre o tema e os artigos da legislação referente ao fato gerador do IR.

> Obs.: Por mais que nos Embargos de Terceiro não caiba ao embargante adentrar na questão de mérito, mas sim, apenas, provar que o bem atingido indevidamente pelo ato judicial constritivo lhe pertence, sugiro que se faça a abordagem da questão meritória, exclusivamente por se tratar de uma prova, um concurso, especialmente pelo fato de não se saber como seria elaborado o padrão de correção e fornecimento do espelho de resposta pela Comissão Examinadora. Na vida real, por certo, não haveria razão alguma para se adentrar na questão meritória, o que, para fins de prova, entendemos não ser a mais prudente opção, pelo que reafirmamos a indicação de que se façam os comentários sobre a questão meritória, apenas a título ilustrativo na peça redigida.

DO PEDIDO

a) Requerer se processe a distribuição por dependência formando-se autos distintos, nos termos do art. 1.049, CPC;

b) Requerer a citação dos embargados, tanto o exequente como o executado, para que possa o legitimado apresentar contestação no prazo de dez dias, nos termos do art. 1.053 do CPC;

c) Requerer que, caso não seja apresentada a contestação no prazo de dez dias, sejam confirmadas como verdadeiras as alegações do embargante e que se proceda ao julgamento da causa no prazo de cinco dias, nos termos dos arts. 803 e 1.053 do CPC;

d) Requerer receba a juntada de documentos com finalidade de provar a titularidade do bem, e a permissão para a produção de provas, se necessário for, especialmente a prova testemunhal, conforme rol de testemunhas indicado anexo, nos termos do art. 1.050 do CPC;

e) Requerer a condenação do réu sucumbente ao pagamento das verbas sucumbenciais, destacando os honorários de advocacia e as custas processuais;

f) Requerer se suspenda o processo principal no que tange ao bem penhorado, nos termos do art. 1.052 do CPC;

g) Reafirmar pedido de deferimento da liminar, conforme antes exposto e nos termos do art. 1.051 do CPC, confirmando-a ao final;

h) Reafirmar pedido de aceitação da caução proposta para fins de viabilização do deferimento da medida liminar e seu levantamento ao final com o julgamento de procedência da ação;

i) Requerer, por fim, julgue procedente os presentes Embargos para fins de declarar que o bem pertence ao embargante, desconstituir o ato de penhora, invalidando-o, expedindo ordem de liberação do bem, assegurando ao embargante a

manutenção/restituição possessória da coisa.

Dá-se à causa o valor de R$ ... (valor do bem penhorado – CPC, arts. 258 a 261)

Termos em que pede deferimento,

Local .... Data ....

Advogado ... OAB ...

6. ARTIGOS DO CPC

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
LIVRO IV
DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS
TÍTULO I
DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS
DE JURISDIÇÃO CONTENCIOSA
(...)
CAPÍTULO X
DOS EMBARGOS DE TERCEIRO

Art. 1.046. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam manutenidos ou restituídos por meio de embargos.

§ 1.º Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor.

§ 2.º Equipara-se a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não podem ser atingidos pela apreensão judicial.

§ 3.º Considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação.

Art. 1.047. Admitem-se ainda embargos de terceiro:

I – para a defesa da posse, quando, nas ações de divisão ou de demarcação, for o imóvel sujeito a atos materiais, preparatórios ou definitivos, da partilha ou da fixação de rumos;

II – para o credor com garantia real obstar alienação judicial do objeto da hipoteca, penhor ou anticrese. **(c/c 1.054.)**

Art. 1.048. Os embargos podem ser opostos **a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença**, e, no **processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da arrematação, adjudicação ou remição**, mas sempre **antes da assinatura da respectiva carta**. **(TEMPESTIVIDADE.)**

Art. 1.049. Os embargos **serão distribuídos por dependência** e correrão em autos distintos **perante o mesmo juiz** que ordenou a apreensão (**COMPETÊNCIA DO JUIZ DA CAUSA/DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA.)**

Art. 1.050. O embargante, em **petição elaborada com observância do disposto no art. 282**, **fará a prova sumária de sua posse e a qualidade de terceiro**, oferecendo **documentos e rol de testemunhas (DA PROVA SUMÁRIA – "POSSE"/"TERCEIRO" – DOCUMENTOS e TESTEMUNHAS).**

§ 1.º É facultada a prova da posse em audiência preliminar designada pelo juiz.

§ 2.º O possuidor direto pode alegar, com a sua posse, domínio alheio.

§ 3.º A citação será pessoal, se o embargado não tiver procurador constituído nos autos da ação principal. (Incluído pela Lei n.º 12.125, de 2009.) **PEDIDO DE CITAÇÃO DO EMBARGADO.**

Art. 1.051. Julgando suficientemente provada a posse, **o juiz deferirá liminarmente os embargos e ordenará a expedição de mandado de manutenção ou de restituição em favor do embargante**, que só receberá os bens **depois de prestar caução** de os devolver com seus rendimentos, caso sejam afinal declarados improcedentes. **(LIMINAR/CAUÇÃO.)**

Art. 1.052. Quando os embargos versarem sobre todos os bens, determinará o juiz a suspensão do curso do processo principal; **versando sobre alguns deles, prosseguirá o processo principal somente quanto aos bens não embargados. (PEDIDO DE SUPENSÃO DO PROCESSO PRINCIPAL.)**

Art. 1.053. Os embargos poderão ser contestados no prazo de 10 (dez) dias, findo o qual proceder-se-á de acordo com o disposto no art. 803. **(PEDIDO DE CITAÇÃO DO EMBARGADO PARA CONTESTAR EM DEZ DIAS, E, NÃO O FAZENDO, PEDIDO QUE SE ACEITE COMO VERDADEIRAS AS ALEGAÇÕES DO EMBARGANTE E JULGUE A CAUSA EM PRAZO DE 5 DIAS.)**

> **Art. 803.** Não sendo contestado o pedido, presumir-se-ão aceitos pelo requerido, como verdadeiros, os fatos alegados pelo requerente (arts. 285 e 319); caso em que o juiz decidirá dentro em 5 (cinco) dias.
>
> **Parágrafo único.** Se o requerido contestar no prazo legal, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, havendo prova a ser nela produzida.

Art. 1.054. Contra os embargos do credor com garantia real, somente poderá o embargado alegar que: **(c/c 1.047, II.)**

I – o devedor comum é insolvente;

II – o título é nulo ou não obriga a terceiro;

III – outra é a coisa dada em garantia.

7. JURISPRUDÊNCIA DO STJ SELECIONADA

EMBARGOS DE TERCEIRO & EXECUÇÃO FISCAL

JURISPRUDÊNCIA DO STJ

1) Processual civil e tributário. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Embargos de terceiro. Reserva da meação. Súmula 251 do STJ. Benefício em proveito do casal. Prova a cargo do credor. Inversão. Matéria de prova. Súmula 7 do STJ.

1. Na hipótese em foco, o acórdão proferido pelo TRF da 4.ª Região decidiu que a Fazenda Nacional não fez prova de que o ato ilícito decorrente do endividamento fiscal resultou em enriquecimento do casal, pelo que a reserva da meação era providência a ser resguardada, conforme define a Súmula n. 251 do STJ (grifo nosso).

2. A revisão do entendimento firmado pelo acórdão de origem, com supedâneo na tese de necessária inversão do ônus da prova (art. 333, I, do CPC), encontra óbice na Súmula 7 do STJ.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 220738/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1.ª Turma, j. 23.10.2012, *DJe* 26.10.2012).

Execução fiscal. Ato ilícito. Meação. Embargos de terceiro. Benefício familiar. Necessidade de prova. Ônus probatório do credor (STJ, REsp 701170/RN, REsp 505250/RS).

2) Agravo regimental. Recurso especial. Execução. Embargos de terceiro. Desconsideração da personalidade jurídica. Encerramento de atividades sem baixa na junta comercial. Requisitos ausência. Violação ao art. 535 do CPC não configurada. Súmula 83/STJ.

1. Não configura violação ao art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial.

2. A mera circunstância de a empresa devedora ter encerrado suas atividades sem baixa na Junta Comercial, se não evidenciado dano decorrente de violação ao contrato social da empresa, fraude, ilegalidade, confusão patrimonial ou desvio de finalidade da sociedade empresarial, não autoriza a desconsideração de sua personalidade para atingir bens pessoais de herdeiro de sócio falecido. Inaplicabilidade da Súmula 435/STJ, que trata de redirecionamento de execução fiscal ao sócio-gerente de empresa irregularmente dissolvida, à luz de preceitos do Código Tributário Nacional.

3. Hipótese em que ao tempo do encerramento informal das atividades da empresa executada sequer havia sido ajuizada a ação ordinária, no curso da qual foi proferida, à revelia, a sentença exequenda, anos após o óbito do sócio-gerente e a homologação da sentença de partilha no inventário.

4. Encontrando-se o acórdão impugnado no recurso especial em consonância com o entendimento deste Tribunal, incide o enunciado da Súmula 83/STJ.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

Acórdão

A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão (Presidente) e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora (AgRg no REsp 762555/SC, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4.ª Turma, j. 16.10.2012, *DJe* 25.10.2012).

3) Processual civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Execução fiscal. Embargos de terceiro. Penhora de bem móvel (veículo). Inexistência de registro. Resistência aos embargos. Honorários advocatícios. Cabimento. Fundamentos não infirmados. Óbice da Súmula 182/STJ.

1. É condição básica de qualquer recurso que a parte autora apresente os fundamentos jurídicos para a reforma da decisão atacada. No caso do agravo previsto no art. 544 do CPC, devem-se impugnar, especificamente, todos os fundamentos da decisão que inadmitiu o recurso especial, o que não ocorreu no caso dos autos.

2. Agravo regimental não conhecido (AgRg no Ag 1325959/GO, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1.ª Turma, j. 16.10.2012, *DJe* 25.10.2012).

4) Tributário. Agravo regimental no recurso especial. Execução fiscal. Penhora. Imóvel sem registro notarial da alienação. Embargos de terceiro. Alegação de posse. Cabimento. Súmula 84/STJ. Dissídio jurisprudencial caracterizado. Notoriedade da divergência. Agravo não provido.

1. "É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro" (Súmula 84/STJ).

2. O dissídio notório, conforme definido pela Corte Especial do STJ, "dispensa a realização do cotejo analítico quando os elementos contidos no recurso são suficientes para se concluir que os julgados confrontados conferiram tratamento jurídico distinto à similar situação fática" (AgRg nos EAg 1.328.641/RJ, Rel. Min. Castro Meira, *DJe* 14.10.2011).

3. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1324810/SE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1.ª Turma, j. 06.09.2012, *DJe* 13.09./2012).

Embargos de terceiro. Imóvel. Compromisso de compra e venda sem registro (STJ, REsp 974062/RS, REsp 892117/RS).

5) Processual civil e tributário. Agravo regimental em agravo em recurso especial. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. Execução fiscal. Embargos de terceiro. Meação. Súmula 251/STJ. Acórdão recorrido em sintonia com a jurisprudência do STJ. Súmula 83/STJ. Responsabilidade do meeiro. Verificação. Súmula 7/STJ. Art. 135 do CTN. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF.

1. Constatado que a Corte *a quo* empregou fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, é de se afastar a alegação de infringência ao art. 535 do CPC.

2. A tese relativa à responsabilidade solidária entre os correntistas de conta conjunta não foi enfrentada pelo acórdão recorrido, tampouco suscitada nos aclaratórios manejados na origem, carecendo o recurso especial, nesse particular, do requisito do prequestionamento (Súmula 282/STF).

3. No caso dos autos, o acórdão recorrido, com supedâneo na Súmula 251/STJ, afastou da ordem de penhora a meação da esposa do devedor ao fundamento de que o fisco não fez prova de que ela foi beneficiada com o produto da infração. A revisão desse entendimento encontra óbice na Súmula 7/STJ.

4. Não é possível conhecer do recurso especial no que tange à suposta violação do art. 135 do CTN, pois, além não ter sido prequestionado, esse dispositivo legal não contém comando normativo capaz de infirmar o fundamento do acórdão atacado, porquanto não induz ao direito pleiteado, o que atrai a aplicação da Súmula 284/STF. Isso porque o aludido artigo de lei não guarda pertinência com as hipóteses dos autos, na medida em que a recorrida, embora sócia-quotista, não figura na presente demanda na condição de devedora responsável pelas dívidas da empresa, mas na condição de terceira prejudicada, haja visto que a execução fiscal não foi contra ela redirecionada.

5. Agravo regimental não provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima (Presidente) e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão (AgRg no AREsp 61925/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1.ª Turma, j. 21.08.2012, *DJe* 27.08.2012).

6) Execução fiscal. Acórdão que concluiu pela desnecessidade de produção de prova. Revisão. Súmula 7/STJ. Embargos de terceiro. Penhora. Bem indivisível. Hasta pública. Meação. Prova do benefício. Exequente.

1. Avaliar a necessidade de produção de prova oral implica, necessariamente, o reexame do acervo fático-probatório dos autos, vedado na via especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

2. O recurso esbarra na Súmula 83/STJ, uma vez que a questão já está consolidada na Súmula 251/STJ: "A meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal".

3. Agravo regimental não provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Não participou, justificadamente, do julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (AgRg nos EDcl no REsp 1275173/SP, Rel. Min. Castro Meira, 2.ª Turma, j. 12.06.2012, *DJe* 20.06.2012).

Execução fiscal. Meação (STJ, REsp 148911/PR).

STF, Súmula 621

Aprovação: 17.10.1984

Publicação: *DJ 29.10.1984*

Enunciado:

Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis.

STJ, Súmula 84

Órgão Julgador: Corte Especial

Data do Julgamento: 18.06.1993

Data da Publicação/Fonte: *DJ* 02.07.1993

Enunciado:

É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.

STJ, Súmula 251

Órgão Julgador: Primeira Seção

Data do Julgamento: 13.06.2001

Data da Publicação/Fonte: *DJ* 13.08.2001

Enunciado

A meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao

casal.

TÍTULO VII
MANDADO DE SEGURANÇA

CAPÍTULO I
DO MANDADO DE SEGURANÇA. NOÇÕES GERAIS

1. CONCEITO, ORIGEM E NATUREZA JURÍDICA

O *mandado de segurança* se revela como um dos mais nobres *remédios constitucionais* apresentados no ordenamento jurídico hodierno, atuando como magna *garantia constitucional* e destinando-se a proteger direitos líquidos e certos de toda e qualquer pessoa, quando esta estiver sofrendo ou em vias de sofrer violação a um direito, advinda de ato ilegal ou com abuso de poder praticado por certa pessoa em exercício de função pública, sendo, em regra, autoridade administrativa, e, eventualmente, algumas outras pessoas especiais vinculadas à Administração Pública, podendo até mesmo, em certos casos, ser particulares, como estudaremos linhas adiante.

Apelidado de *via heroica de defesa*, tem previsão constitucional na atual Carta de 1988, no art. 5.º, em seus incisos LXIX (mandado de segurança individual) e LXX (mandado de segurança coletivo), tendo sua aplicabilidade regulada pelo microssistema normativo especial previsto na Lei 12.016/2009. Desde a Carta de 1934, o mandado de segurança sempre esteve presente nas Constituições pátrias, ressalvando-se apenas a omissão da Constituição de 1937, que não lhe prestigiou por expresso, ainda que sua aparição na *praxe* jurídica tenha continuado a existir nesse mesmo período.

Revela-se instrumento extremamente hábil e útil à defesa dos cidadãos, especialmente em face de atos viciados pela ilegalidade e pelo abuso, praticados pela Administração Pública ou por quem faz suas vezes. Gozando de procedimento especial e de rito célere quando comparado às ações ordinárias, o *mandamus* se apresenta como via especialíssima de defesa pelos indivíduos, sendo analisado e julgado de modo mais rápido, com preferência de apreciação e com prazos mais exíguos, além de ter menor custo do que em regra se suporta no uso de uma ação comum. Portanto, se estiverem presentes os pressupostos legitimadores de seu uso e for respeitado o prazo para

cabimento de sua impetração, o mandado de segurança será sempre a mais inteligente opção advocatícia para se defenderem os direitos subjetivos de um administrado perante atos ilegais e abusivos da Administração. No campo do Direito Tributário tem especial aplicação, como se verá adiante, protegendo os contribuintes diante de cobranças abusivas de tributos.

2. DA SUBSIDIARIEDADE EM RELAÇÃO AO *HABEAS CORPUS* E *HABEAS DATA*

O *mandado de segurança* não é a única via especial projetada pelo constituinte para assegurar a efetividade de direitos fundamentais. Outros remédios foram criados pelo constituinte para atuar na persecução protetiva de tais bens maiores de uma pessoa, cumprindo o papel de garantias constitucionais. Entre esse rol de garantias se elencam o *habeas corpus* e o *habeas data*, vias que focam objetivos distintos da via mandamental nobre.

O *habeas corpus* está previsto no art. 5.º, LXVIII, da Constituição, e mira a proteção ao direito de *liberdade de locomoção*[1]. Já o *habeas data* se revela como ferramenta que persegue a proteção do *direito à informação* e tem previsão no art. 5.º, LXXII, da *Lex Mater*[2]. Sempre que o direito ofendido estiver ligado à liberdade de locomoção, deve ser manuseado o *habeas corpus*, não se podendo optar pela via do *mandamus* ora estudado. O mesmo ocorre quando da necessidade de proteção ao direito de informação amparável por *habeas data*, visto que, sendo este cabível, não deve o cidadão impetrar mandado de segurança, em face da especialidade da situação que por certo avocará o remédio da publicidade da informação. Vale a leitura do art. 1.º da Lei 12.016/2009, que expressamente faz referência ao caráter subsidiário do mandado de segurança:

> *Lei 12.016/2009, art. 1.º. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo,* ***não amparado por habeas corpus ou habeas data****, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (grifo nosso).*

Oportuno o registro de que a citada previsão do art. 1.º da Lei 12.016/2009 decorre da própria Carta que, em seu art. 5.º, LXIX, faz idêntica menção[3].

Por fim, destaco que em algumas matérias, como a tributária, é muito difícil vislumbrar o uso do *habeas corpus* e do *habeas data*, ainda que, quanto a este último, não seja inviável, diante da necessidade muitas vezes presente de postular informações à Administração Pública. Entretanto, não é comum o uso do *habeas data* em matéria tributária, assim como, em regra, não há espaço para o *habeas corpus*. Logo, o *mandado de segurança* realmente se revela como a usual garantia constitucional remediadora manuseada pela advocacia tributária diante de atos abusivos e ilegais da Administração Fazendária.

3. BASE LEGAL

Como já se deve ter percebido, o *mandado de segurança* tem sede constitucional, estando

positivado nos incisos LXIX e LXX do importante art. 5.º da Carta Mãe. A lei que se apresenta como seu grande estatuto regulamentar é a Lei 12.016/2009, substituindo a velha e clássica Lei 1.533/1951 e as demais leis subsequentes que promoveram alterações no referido diploma. Para não deixar quaisquer dúvidas sobre a revogação da legislação anterior, o legislador teve o cuidado de afirmar a revogação expressa da pretérita aquarela legislativa relativa ao *mandamus*, o que o fez por via do art. 29, na citada atual Lei 12.016/2009[4].

4. MODALIDADES

4.1. Quanto ao momento da impetração. Mandado de segurança preventivo x mandado de segurança repressivo

Quanto ao momento de impetração do remédio heroico, existem duas modalidades, a saber: o *mandado de segurança preventivo* e o *mandado de segurança repressivo*, este último de uso mais comum do que aquele primeiro.

O mandado de segurança preventivo é utilizável sempre que alguém está na iminência de sofrer a violação a seu direito, a qual ainda não se materializou, mas se revela em vias perceptíveis de concretização. Em vez de esperar sofrer a coação, esse alguém se antecipa e impetra *preventivamente* o mandado de segurança, buscando, com ele, a *evitabilidade* do ato coator, protegendo seu direito de modo que ele *sequer chegue a ser lesado*. Busca-se por essa via o impedimento à prática do ato mutilador.

Já na via repressiva o impetrante chega a sofrer a lesão ao seu direito. A pessoa já está sendo violada na esfera de suas titularidades, sendo vítima de efeitos daninhos decorrentes de ato abusivo ou ilegal da autoridade praticante da conduta. Usa a via mandamental para interromper a continuidade da coação, salvaguardando seu direito e afastando os efeitos decorrentes do ato coator.

4.2. Quanto aos impetrantes. Mandado de segurança individual e coletivo

4.2.1. Noções iniciais sobre o mandado de segurança individual e coletivo

Por um outro aspecto de classificação o mandado de segurança se subdivide em *individual* ou *coletivo*. A nossa Constituição faz expressa referência a ambas as modalidades, nos incisos LXIX e LXX do nobilíssimo art. 5.º. A nova Lei do Mandado de Segurança teve também a virtude de fazer referência ao coletivo *mandamus*, diferente da legislação especial de regência pretérita, que descuidou de se referir ao remédio de postulação por interesse plural. Na atual Lei 12.016/2009, o legislador, além de fazer menção expressamente ao mandado de segurança coletivo na ementa da lei, dedicou os arts. 21 e 22 para cuidar da matéria.

O mandado de segurança individual é aquele que certa pessoa manuseia para defender interesse que lhe é exclusivo e singular, não sendo, em comum esfera de titularidade, partilhado com terceiros.

A pessoa busca o *writ* para defender seu particular direito, não havendo, no caso concreto, decisão que produza efeitos extensivos a terceiros. A relação é personalizada entre o impetrante e a pessoa responsável pela prática do ato coator. Nesse caso, qualquer pessoa pode se valer do *writ*, seja pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, podendo ser até mesmo entes despersonalizados e órgãos com capacidade judiciária. Sendo pessoas naturais, irrelevante se são brasileiras (natas ou naturalizadas) ou estrangeiras; basta que estejam sob a jurisdição do nosso país.

Já o mandado de segurança coletivo se revela como um importante passo na evolução do manuseio do remédio heroico, permitindo que o uso do *writ* proteja diferentes pessoas em uma mesma impetração, propiciando que no bojo de um único processo se defenda o interesse comum de diversos seres, coagidos por um mesmo ato. É via adequada para proteção de direitos coletivos e direitos individuais homogêneos, partilhados em comum interesse por diferentes pessoas, direitos esses ora indivisíveis, como os coletivos, ora divisíveis, como os individuais homogêneos. No intento de proteger todas elas, acautelando esse comum direito pertencente ao mesmo tempo a cada uma, em face do ato coator comum, é que se apresenta o coletivo *mandamus* como alternativa útil e eficaz para assegurar a integridade do direito líquido e certo dessa coletividade de jurisdicionados.

A velha Lei do Mandado de Segurança (Lei 1.533/1951) não fazia expressa referência ao mandado de segurança coletivo. Mas a Constituição de 1988 o fez, trazendo as primeiras linhas de regulação do mesmo no inciso LXX do art. 5.º[5]. E agora, com a recente Lei 12.016/2009, houve a louvável preocupação do legislador em fazer menção ao mandado de segurança plural, o que se constata na leitura dos seus arts. 21 e 22. Passamos a ter, portanto, agora, expressa previsão e regulamentação legal para o uso do mandado de segurança coletivo. Ainda que a nova lei tenha sido tímida na disposição da matéria e falado bem menos do que poderia e do que realmente se esperava, não se pode deixar de reconhecer como virtuosa a atuação do legislador disciplinando a matéria.

4.2.2. Dos direitos que podem ser protegidos pelo mandado de segurança coletivo. Os direitos coletivos e os direitos individuais homogêneos

4.2.2.1. Direitos coletivos

Quanto aos direitos que podem ser protegidos pelo uso do mandado de segurança coletivo, temos duas categorias, consoante expressa regulação disposta no parágrafo único do art. 21 da Lei 12.016/2009[6], a saber:

- os direitos coletivos;
- os direitos individuais homogêneos.

Falemos, neste tópico, sobre os *direitos coletivos.*

Muitas vezes, grupos e categorias específicas de pessoas se unem e interagem em relações jurídicas das mais variadas, básicas no mundo obrigacional, e, dentro dessas relações que desfrutam entre si e/ou com a Administração Pública, adquirem direitos comuns a todos, de natureza indivisível, usufruíveis por todos ao mesmo tempo e em comum interesse e titularidade, os quais

transcendem o patamar da individualidade e não comportam divisibilidade. Esses direitos decorrentes do gozo e fruição dessas relações jurídicas básicas são apelidados de *direitos transindividuais de natureza indivisível*, e, por pertencerem a toda a coletividade de pessoas que fazem parte dessas relações jurídicas básicas, perpetram à órbita de classificação dos chamados *direitos coletivos*. E são eles que formam o primeiro bloco de direitos defensáveis pela via do mandado de segurança coletivo. É possível impetrar *mandado de segurança coletivo* para a defesa desses *direitos coletivos*, acautelando o interesse de todos os membros da coletividade titulares do direito comum e indivisível por natureza. O art. 21, parágrafo único, I, da Lei 12.016/2009, conceitua os direitos coletivos como *"os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica"*. O conceito de *direitos coletivos* também tem sede legal no Código de Defesa do Consumidor, que em seu art. 81, II, define os interesses e direitos coletivos, citando que *"interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base"*.

4.2.2.2. Direitos individuais homogêneos

Por outro ângulo de compreensão e em linha complementar de raciocínio, existe diferente bloco de direitos que também é objeto de proteção pelo mandado de segurança coletivo. Trata-se dos chamados *direitos individuais homogêneos*.

Muitas vezes, diferentes pessoas, com relações jurídicas e sociais próprias entre si, como, por exemplo, aquelas que são membros de certa associação ou agremiação, ou então pessoas sem qualquer relação jurídica própria entre si, como diferentes consumidores ou contribuintes, são afetadas em direitos que são iguais para todos em razão de um fato comum que lhes dá origem. Em diversas situações imagináveis é possível que de um fato comum se originem direitos homogêneos pertencentes a diferentes pessoas, cada uma titular *individualmente* do direito em evidência. Ao contrário dos direitos coletivos, indivisíveis, eclode aqui a ideia de direitos divisíveis, dos quais cada pessoa pode se apropriar e usar individualmente, mas que são iguais, homogêneos, para muitos e diferentes titulares, e que surgem de origem comum para todos. São os chamados *direitos individuais homogêneos*. A principal característica é que são direitos que decorrem de um mesmo fato (origem comum), direitos completamente iguais (homogêneos), os quais, quando surgem, nascem para diferentes seres (pluralidade de titulares), associados entre si ou não, e que cada um pode usufruir e defender individualmente e sem depender dos demais (divisíveis), atuando em interesse próprio e particular e não em nome e no interesse de todos (individuais). Os dois comuns exemplos de direitos individuais homogêneos habitualmente testemunhados no mundo jurídico são os direitos iguais de diferentes consumidores e os direitos iguais de diferentes contribuintes. Sempre que ocorre lesão (ou ameaça de lesão) a um desses direitos, decorrente de ato praticado por autoridade que atua no exercício de atividade típica da Administração Pública ou na prestação de serviço público essencial, é cabível a impetração do *mandado de segurança coletivo* para a defesa desses direitos.

Como primeiro exemplo de direitos coletivos, cite-se a situação em que um fabricante atua como fornecedor de produtos de tratamento de pele e aliena a diversos consumidores certo bem do referido segmento e esse bem tem defeito de fabricação, causando assim danos a diversos consumidores. Temos para esses consumidores o nascimento do direito de reparação pelas perdas e danos sofridos, os quais, indubitavelmente, podem ser classificados como *direitos individuais homogêneos*, uma vez que advindos de origem comum, afetando grupo de diferentes e específicas pessoas, com lesões individuais e que podem ser protegidas particularmente, mas homogêneas entre si para todos os lesados. Não que nesse caso caiba o uso do *mandado de segurança coletivo*, pois, como perceberemos a seguir, na relação de consumo não temos uma autoridade coatora que representa a Administração Pública em exercício de sua atividade típica violando um direito líquido e certo, não sendo, portanto, caso para impetração de mandado de segurança. A finalidade do exemplo foi apenas ilustrar o que se pode entender como *direito individual homogêneo*. Aliás, o próprio Código de Defesa do Consumidor, no art. 81, III[7], traz breve conceituação legal para tais direitos, referindo-se apenas ao fato de emanarem de uma origem comum, esclarecendo que podem ser defendidos pela via coletiva de proteção jurídica, o que, reitere-se, não se faz por meio de mandado de segurança, e sim por outros remédios que se afeiçoam como adequados para viabilizar a tutela coletiva dos direitos dos consumidores.

Segundo exemplo de direitos coletivos a ser elencado, e esse, sim, adequado ao nosso estudo do mandado de segurança, e, mais ainda, pertinente ao Direito Tributário, é o da publicação de lei inconstitucional que tenha instituído certo tributo. Quando tal lei é publicada, ensejando que diversos contribuintes passem a pagar o tributo a partir de determinada data (exemplo clássico dos tributos sujeitos a lançamento por homologação/pagamento antecipado), se realmente a referida fonte for inconstitucional, o mandamento de pagamento do tributo é violador de direito líquido e certo dos contribuintes, sendo cabível a postulação em juízo pela via do *mandado de segurança coletivo*, impetrado por qualquer das pessoas legitimadas a seu manuseio, para buscar no Judiciário a tutela concessiva da segurança no propósito de não sujeitar os contribuintes ao recolhimento do tributo[8].

Observe-se importante pontuação, de que nesses casos de lei inconstitucional instituidora de tributo o mandado de segurança é impetrado com a finalidade de evitar a cobrança do tributo, ou, pelo menos, evitar que se constitua em mora, mediante lançamento de ofício, o contribuinte que não se sujeita ao pagamento antecipado determinado pela referida lei inconstitucional. É importante tal esclarecimento, deixando transparente a percepção de que não se usa o mandado de segurança para discutir a constitucionalidade da lei, visto que o mandado de segurança não é via adequada para questionamento da constitucionalidade, *em tese*, das leis. Ou seja, por outra via de explicação, não é o mandado de segurança o remédio jurídico adequado para promover controle abstrato de constitucionalidade de uma lei. Não pode o mandado de segurança fazer as vezes de uma ADIN. O próprio Supremo Tribunal Federal coíbe tal medida, o que se comprova na leitura do Verbete Sumular 266 do STF[9], que categoricamente afirma tal proibição. O que se busca no mandado de segurança em casos como esses, de leis instituidoras de tributos que são flagrantemente inconstitucionais, é a evitabilidade de uma cobrança, a qual, com certeza, violaria direito líquido e certo. Nesses casos, é sempre possível o uso do mandado de segurança coletivo, o que, em regra,

assume natureza preventiva. A prova de que o ato de lançamento é factível de ocorrer, bem como, e também, da própria inconstitucionalidade, deve ser feita de modo documental e inconteste, como há de ser no mandado de segurança. Seria ótimo exemplo a ser citado o da criação de um imposto residual por via de medida provisória, algo juridicamente impossível, visto que a Constituição exige Lei Complementar para tais criações, vedando expressamente o uso de medidas provisórias em tais hipóteses. Em uma situação como essa seria plenamente cabível o uso de mandado de segurança coletivo preventivo após publicada a inconstitucional medida provisória instituidora do imposto residual.

Por fim, transcrevo os arts. 21 e 22 da Lei 12.016/2009 para ilustrar os comentários tecidos acima:

Lei 12.016/2009

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I – coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II – individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

§ ١.º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de ٣٠ (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

§ ٢.º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de ٧٢ (setenta e duas) horas.

4.2.3. Legitimados a impetrar mandado de segurança coletivo

4.2.3.1. Noções iniciais

Consoante leitura do art. 5.º, LXX, da Carta e do *caput* do art. 21 da Lei 12.016/2009 acima transcrito, percebe-se que quatro pessoas têm legitimação para impetração de mandado de segurança coletivo, a destacar:

- Partido Político com representação no Congresso Nacional;
- Organização Sindical;
- Entidade de Classe;
- Associação legalmente constituída e com mais de um ano de atuação.

Logo, de perceber, em linhas iniciais de abordagem, que, se estivermos diante de uma violação ou ameaça de violação de direitos coletivos ou individuais homogêneos líquidos e certos e não aparados por *habeas corpus* ou *habeas data*, decorrente de ato coator emanado de autoridade que represente a Administração Pública em exercício de atividade típica ou na prestação de serviços públicos essenciais, poderá qualquer dessas quatro entidades (e nenhuma outra pessoa além dessas) manusear o *writ coletivo* para defender tais direitos em favor dos titulares destes. E *apenas* essas pessoas receberão legitimação constitucional para o feito.

Quando as referidas entidades atuam impetrando o mandado de segurança coletivo, o fazem na qualidade de **substitutos processais**, defendendo interesses que, no fundo, não são necessariamente seus como pessoas próprias, mas sim dos membros representados por sua atuação institucional.

A Lei 12.016, ao regular a legitimidade ativa dessas quatro instituições para que possam impetrar mandado de segurança no interesse de seus membros representados, trouxe algumas restrições. Interessante tecer sutis e breves comentários, tão importantes quanto objetivos. Peço vênia ao leitor para mais uma vez transcrever o *caput* do art. 21 da referida lei, e com base na leitura dele destacar essas importantes restrições:

> *Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por **partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária,** ou por organização sindical, entidade de classe ou **associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial** (grifo nosso).*

Observemos que foram feitas restrições legais ao cabimento do mandado de segurança coletivo quando impetrado pelos Partidos Políticos e pelas Associações. Começo falando sobre as limitações quanto a essas últimas instituições. Depois, teceremos comentários sobre o manuseio do coletivo remédio por via dos Partidos Políticos.

4.2.3.2. Das Associações. Questões essenciais

Quanto às Associações, primeiro ponto a ser observado é o de que elas precisam estar ***legalmente constituídas***. Ou seja, não basta que existam *de fato*, sendo necessário que tenham seus instituidores cumprido todos os requisitos legais de constituição de uma Associação para que possa ela ser parte hábil a impetração do *mandamus*. Mas não basta a constituição regular. É preciso também que a Associação já esteja atuando há pelo menos um ano. Se a Associação ainda não gozar de seu primeiro ano de vida a contar de sua constituição regular, não poderá impetrar o remédio coletivo. Além desses requisitos, é preciso que os direitos a serem defendidos sejam líquidos e certos, por parte de seus membros e/ou associados, ***nos termos dos seus estatutos***, e, ainda, ***desde que pertinentes às finalidades da Associação***. Ou seja, para que a Associação impetre o mandado de segurança coletivo defendendo os direitos de seus associados, tais direitos devem estar contemplados no estatuto associativo e devem ter adequação com a finalidade para a qual foi constituída a Associação. Se todos esses dados estiverem presentes, poderá a Associação impetrar o mandado de segurança coletivo na defesa dos interesses coletivos ou individuais homogêneos dos seus membros.

Duas observações finais importantes.

A primeira dessas observações que reputamos interessante destacar em linhas finais de abordagem é o fato de ser desnecessária a autorização especial dada pelos associados para que possa a Instituição impetrar o mandado de segurança. E isso por uma razão simples, visto que estará exercendo sua atividade-fim e já é implícito que, se o associado está regularmente mantido nos quadros de inscrição da Associação, ele legitima a atuação *in judicia* desta em seu nome e interesse. Única ressalva a abrandar o entendimento seria se no Estatuto Associativo houvesse referência à necessidade de procuração expressa e pontual para cada caso. Afora isso, tranquilo o entendimento no sentido da desnecessidade de autorização especial. E essa é a linha de pensamento acompanhado pelo Supremo Tribunal Federal há bastante tempo, vide expedição da **Súmula 629.**

A segunda pontuação vem no sentido de que a Associação pode impetrar o mandado de segurança coletivo mesmo que a pretensão vinculada interesse apenas a uma parte dos associados, e não a todos. Não há problema, *a priori,* em aceitar a legitimação substitutiva ora em comento da sua totalidade ou apenas de parte deles. Aplica-se aqui, analogicamente, entendimento que sempre foi acolhido na jurisprudência em relação às entidades de classes, vide Súmula 630 do STF. Aliás, interessantes ter a sutileza de perceber que dificilmente se atingirá a unanimidade quanto a um interesse comum em defesa, bem como é plenamente possível que nem a todos os membros de uma associação certas pretensões interessem, especialmente diante da certeza de que por diversos critérios ela pode ter heterogeneidade em sua estruturação e forma de atuação. Por isso entendemos ser cabível admitir a aplicação da **Súmula 630 do STF**, contemplando impetração de mandado de segurança coletivo por Associações para defender pretensões que interessem apenas a uma parte de seus associados, sem que isso macule sua atuação ou qualifique posição discriminatória em relação aos demais associados. A única ressalva que poderia relativizar tal entendimento seria se, no caso concreto, houvesse específica vedação no estatuto da Associação, caso em que mereceria ponderação a tese ora adotada. Do contrário, nenhum óbice a permitir o mandado de segurança no caso em comento, se cumpridos os demais requisitos exigidos.

Por fim, quanto a essas duas observações finais, vale a leitura das importantes Súmulas 629 e 630 do STF citadas nos comentários acima. Transcrevo os dois verbetes sumulares:

STF, Súmula 629

A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes.

STF, Súmula 630

A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria.

4.2.3.2.1. Aplicação da limitação temporal de um ano de atuação também às Organizações Sindicais?

Questão de relevo, e que vale sempre frisar, especialmente para os que estudam para concursos públicos, é que a limitação temporal imposta, tanto na Constituição como no art. 21 da Lei 12.016/2009, às Associações, de precisarem ter pelo menos um ano de atuação regular para que

então adquiram legitimidade para impetração de mandado de segurança coletivo no interesse de seus associados, não se estende às Organizações Sindicais, conforme decidiu o STF acalentando dúvida que pairava na doutrina. No julgamento do **RE 189.919/SP**, relatoria do **Min. Ilmar Galvão**, em 1999, a Corte Excelsa, assim se posicionou. Transcrevo a ementa do citado julgado:

> **Legitimidade do sindicato para a impetração de mandado de segurança coletivo independentemente da comprovação de um ano de constituição e funcionamento.** Acórdão que, interpretando desse modo a norma do art. 5.º, LXX, da CF, não merece censura. Recurso não conhecido (STF, 1.ª T., RE 198919/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 15.06.1999, *DJ* 24.09.1999).

Seguindo analogicamente o precedente transcrito em relação às entidades sindicais, cremos que o mesmo raciocínio se aplica às Entidades de Classes, compreendendo-se que a limitação quanto à idade mínima de um ano de atuação regular se restringe real e unicamente às Associações Civis.

4.2.3.3. Dos partidos políticos

Observemos que o *caput* do art. 21 da Lei 12.016/2009, já transcrito algumas vezes nesta obra, afirma que *"o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária"*. Muita discussão se ergueu e até hoje se trava na doutrina a respeito dos limites de cabimento de impetração de mandado de segurança coletivo por partido político.

Autorizadas vozes na doutrina sustentam o cabimento do mandado de segurança coletivo pelos Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional para a defesa de qualquer interesse coletivo ou individual homogêneo da sociedade, afinal, a *finalidade partidária* seria a de representar democraticamente os cidadãos e atuar na defesa de seus interesses, quaisquer que sejam eles. Seria uma via extremamente ampla de compreensão para o cabimento de impetração do mandado de segurança coletivo pelos Partidos Políticos. Não é a de melhor simpatia pelos Ministros nos Tribunais Maiores, nem parece ter sido a real intenção do novel legislador acolhê-la. O entendimento que vem prevalecendo na nossa jurisprudência é bem restritivo, e se ergue no sentido de que o mandado de segurança de proteção ao interesse plural, quando impetrado por Partidos Políticos, só pode ser manuseado para atender aos interesses dos membros do Partido ou aos do próprio Partido, e, desde que, em todos esses casos, haja adequação com a finalidade partidária. Ou seja, não seria o Partido legitimado a impetrar o mandado de segurança na defesa de direitos de terceiros, de cidadãos comuns, e nem mesmo dos filiados quando a matéria não tiver pertinência com a finalidade partidária, atrelada ao processo eleitoral representativo. Antes da nova lei já pairava no **STJ** tal linha de entendimento, emanado de clássico e antigo julgamento do **MS 197/DF**, no ano de **1990**, relatado na **1.ª Seção** pelo **Min. Garcia Vieira**. Depois vieram três importantes julgamentos ratificando tal entendimento, o que se deu no **MS 1252/DF**, julgado em **1991** também na **1.ª Seção**, com relatoria do **Min. Humberto Gomes de Barros**, em seguida no julgamento do **RMS 2423/PR**, relatado em **1992** na **6.ª Turma** pelo **Min. Vicente Chernicchiaro,** e, por fim, logo depois no **RMS 1348/MA**, relatado em **1993** pelo **Min. Américo Luz**. O **STJ**, portanto, firmou sua linha de compreensão no sentido de restringir o cabimento do uso de mandado de segurança coletivo pelos Partidos Políticos, não se admitindo seu manuseio para defesa de interesses de terceiros que não os

próprios membros da Agremiação Partidária. Transcrevo as ementas desses três precedentes citados após o julgamento do clássico MS 197/DF:

Mandado de segurança coletivo. Partido político. Ilegitimidade de parte. Reconhecimento.

Os interesses individuais não devem ser avocados pelos partidos políticos, quando no uso do mandado de segurança coletivo, pois a sua atuação nesse campo não tem a amplitude que pretendem. O mesmo ocorre com os sindicatos e outras entidades associativas (STJ, 2.ª T., RMS 1348/MA, Rel. Min. Américo Luz, j. 02.06.1993, *DJ* 13.12.1993).

RMS. Constitucional. Mandado de segurança coletivo. Partido político.

O mandado de segurança coletivo visa a proteger direito de pessoas integrantes da coletividade do impetrante. Distinguem-se, assim, da ação constitucional que preserva direito individual, ou difuso. O partido político, por essa via, só tem legitimidade para postular direito de integrante de sua coletividade (STJ, 6.ª T., RMS 2423/PR, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 27.04.1993, *DJ* 22.11.1993).

Constitucional. Mandado de segurança coletivo. Partido político. Legitimidade.

Carece o Partido Democrático Trabalhista de legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo em favor dos titulares de benefícios de prestação continuada, prestados pelo INSS. A hipótese dos autos não cuida de direitos subjetivos ou interesses atinentes a finalidade partidária. Extinção do processo. Decisão por maioria. Precedentes do STJ (MS 197, 256 e 1235) (STJ, 1.ª Seção, MS 1252/DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Min. Américo Luz, j. 17.12.1991, *DJ* 13.04.1992).

Por fim, fundamental destacar na esfera do **STF** que, no final do ano de 2004, a Ministra Ellen Grace do **Supremo Tribunal Federal** teve a oportunidade de atuar como relatora em **recurso extraordinário** em que se discutia a mesma situação, qual fosse o limite do cabimento de impetração de mandado de segurança coletivo por partido político. Tratava-se de mandado de segurança impetrado pelo Partido Socialista do Brasil (PSB), exatamente para questionar a inconstitucionalidade de uma lei tributária que havia majorado o IPTU de forma que se reputava indevida. No julgamento desse importantíssimo precedente prevaleceu a jurisprudência que vinha consagrada pelo STJ, conforme posição da Ministra relatora, vencido, no julgamento, o Min. Marco Aurélio, que entendia em contrário. O Pretório Excelso entendeu que não pode o Partido Político agir para questionar, em nome de toda a coletividade de contribuintes, a legitimidade da majoração do imposto. Transcrevo a ementa:

Constitucional. Processual civil. Mandado de segurança coletivo. Legitimidade ativa *ad causam* de partido político. Impugnação de exigência tributária. IPTU.

1. Uma exigência tributária configura interesse de grupo ou classe de pessoas, só podendo ser impugnada por eles próprios, de forma individual ou coletiva. Precedente: RE 213.631, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 07.04.2000. 2. O partido político não está, pois, autorizado a valer-se do mandado de segurança coletivo para, substituindo todos os cidadãos na defesa de interesses individuais, impugnar majoração de tributo. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido. Por maioria, vencido o Min. Marco Aurélio. Conhecido e provido. Acórdãos citados: ADI 1096 MC (RTJ-158/441), RE 195056 (*RTJ* 185/302), RE 213631 (*RTJ* 173/288). Veja Informativos 367 e 372 do STF (RE 196184/AM, 1.ª T., Rel. Min. Ellen Gracie, j. 27.10.2004, *DJ* 18.02.2005).

5. SITUAÇÕES DE CABIMENTO E NÃO CABIMENTO

5.1. Noções gerais sobre o cabimento do uso de mandado de segurança

Conforme se depreende da leitura do art. 1.º da Lei 12.016/2009, sempre que uma pessoa estiver sofrendo lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, não protegido pelo uso de *habeas corpus* ou *habeas data*, em razão de ato praticado por autoridade com *ilegalidade* ou com *abuso de*

poder, poderá utilizar a via do mandado de segurança para defender esse direito que se revela dotado de *liquidez* e *certeza* e para o qual as vias do *habeas corpus* e *habeas data* não se revelam hábeis a defender.

Importante destacar dessas primeiras linhas que o ato da autoridade coatora, exercido de modo a violar ou ameaçar um direito que é líquido e certo, é praticado em contrariedade com a lei (***ilegalidade***) ou então em manifesto excesso por parte da autoridade no exercício de suas atribuições, caracterizando o ***abuso de poder***. Portanto, advém da ilegalidade e/ou do abuso de poder a gênese das situações que desafiam o uso do mandado de segurança. Quando em razão de um desses dois fatos se materializar ato coator que viola ou ameaça violar um direito líquido e certo de alguma pessoa, e não sendo possível defender esse direito pela via do *habeas corpus* e *habeas data*, caberá uso do mandado de segurança, bastando que se respeitem os demais requisitos legais, como a impetração tempestiva dentro do prazo de 120 dias referido no art. 23 da Lei 12.016, desde que se tenha prova pré-constituída etc. Aproveito e transcrevo na íntegra o art. 1.º da Lei 12.016/2009 para ilustrar a dicção legal sobre o cabimento do mandado de segurança:

> *Lei 12.016/2009, art. 1.º. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por* habeas corpus *ou* habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.*

Observe-se que a finalidade do *mandado de segurança,* seja ele *preventivo* ou *repressivo*, variam.

No mandado de segurança preventivo, a finalidade do *writ* é impedir que os efeitos lesivos decorrentes do ato a ser praticado se materializem, salvaguardando o direito que está em risco de ser agredido na sua integridade, não deixando que a lesão que está em vias eminentes de se concretizar ocorra. Tem, como o próprio nome sugere, finalidade *preventiva*, ensejando a busca de uma tutela judicial inibitória de uma lesão. Busca obstar de imediato o ato que seria praticado, ou, pelo menos, evitar que ele produza os efeitos corrosivos à integridade do direito que se quer proteger.

Na via repressiva, a finalidade do *mandamus* é suspender de imediato e em definitivo o efeito coator, decorrente do ato ilegal ou em abuso de poder agressor do direito líquido e certo que já está sendo vilipendiado. O objetivo maior da impetração do remédio heroico repressivo é interromper de imediato o efeito lesivo, o que, inclusive, se faz na busca da concessão da segurança em caráter liminar, confirmando-se ao final no julgamento definitivo de mérito.

Portanto, constate-se que, sempre que um ato praticado por certa autoridade em abuso de poder ou contrariando a lei for capaz de ameaçar ou de lesar direito líquido e certo de determinada pessoa, se não for possível uso de *habeas corpus* ou *habeas data*, caberá socorro pela via do mandado de segurança.

Por mais que não se revele como algo essencialmente útil, parte dos estudiosos se debruça no enfrentamento do desafio de distinguir o que seria exatamente a conduta de *abuso de poder* e a de *ilegalidade*, havendo vozes inclusive que sustentam que é inútil perseguir tal distinção. Outros citam ser a ilegalidade um gênero do qual o abuso de poder é espécie, visto que nenhum abuso pode ser entendido como amparado nas leis, tese que atrai nossa simpatia e que nos move a aceitá-la.

Realmente, nem sempre que se pratica uma ilegalidade, ela se dá por um poder exercido abusivamente, mas é inconteste que qualquer ato praticado em abuso de poder se revela incompatível com a legalidade. Não obstante, destacamos que a distinção é meramente teórica e sem maiores utilidades práticas, pois seja o ato coator qualificado como ato de ilegalidade ou ato de abuso de poder, se realmente violar ou ameaçar de violação um direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, caberá o uso do mandado de segurança.

Atos que deflagram objetiva e clara situação de *abuso de poder* são aqueles praticados por certos agentes administrativos em usurpação de competência, ou na aplicação de sanções sem que se tenha respaldo e legitimação para tanto etc. Todos são, no fundo, percebam, atos ilegais. E a ilegalidade aqui reside exatamente no fato de exercer abusivamente o seu "poder", indo além dos seus limites a adentrando em uma seara de atuação para a qual não há legitimidade.

Por fim, de acordo com o citado art. 1.º da Lei 12.016/2009 e completando com alguns requisitos especiais, podemos resumir como pressupostos para cabimento de impetração de mandado de segurança os seguintes:

- titularidade de direito líquido e certo;
- ameaça real de lesão a esse direito ou lesão já materializada;
- ameaça ou lesão decorrentes de ato praticado por autoridade coatora, qualquer que seja ela, em exercício de atividade típica de Estado;
- ato coator praticado com ilegalidade ou com abuso de poder;
- não cabimento do manuseio de *habeas corpus* ou *habeas data* para proteger tal direito;
- respeito ao prazo de 120 dias para impetração do mandado de segurança, quando se tratar de remédio repressivo;
- desnecessidade de instrução e dilação probatória, sendo as provas do direito alegado e da violação/ameaça de violação pré-constituíveis.

5.2. Casos em que não cabe mandado de segurança. Vedação na própria Lei 12.016/2009

5.2.1. Noções iniciais

A Lei 12.016/2009 traz algumas expressas vedações ao uso do mandado de segurança. Os arts. 1.º, § 2.º, e 5.º trazem quatro situações específicas nas quais não será admitido o uso do *mandamus*. Além dessas quatro hipóteses, algumas decorrem da logicidade extraída de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, o que se corrobora pela uniformização de jurisprudência nos Tribunais maiores adotando esse entendimento proibitivo do uso de mandado de segurança em tais situações. Quanto a essa última referência, grande exemplo é a proibição de impetração de mandado

de segurança *contra lei em tese*, o que, não obstante não se encontre expressamente vedado em dispositivo algum, é algo óbvio quando se interpreta de modo lógico o sistema no seu todo, inadmitida conclusão em contrário. Teçamos alguns comentários.

Analisar tais vedações impõe, em primeiro lugar, constatar a vedação de impetração de mandado de segurança contra atos decorrentes da prática de ***atos de gestão comercial*** praticados por algumas pessoas jurídicas com personalidade de direito privado (empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionárias de serviços públicos), conforme reza o art. 1.º, § 2.º, da lei.

Em seguida, em um segundo momento de estudo, surge a necessidade de reflexão sobre a previsão do art. 5.º, I, da Lei 12.016/2009, pela qual fica vedado o uso de mandado de segurança quando couber manuseio de recurso administrativo que tenha efeito suspensivo, mesmo que se caucione.

Perseguindo o estudo do referido artigo, nos seus incisos subsequentes, constata-se a vedação de mandado de segurança diante de certas circunstâncias de ordem jurisdicional, ligadas essencialmente ao Poder Judiciário, e não ao Executivo, como só acontece na praxe quando se detecta uma situação legitimadora da impetração de mandado de segurança. Nesse viés, fica vedado uso do *writ* quando se estiver diante de decisão judicial da qual couber recurso com efeito suspensivo, nos termos do art. 5.º, II, da lei supracitada. Por fim, e na mesma linha, o terceiro e último inciso do art. 5.º da Lei 12.016/2009 afirma não caber uso de mandado de segurança diante de decisão judicial transitada em julgado. Aproveito e transcrevo os dispositivos citados para conferência por parte do leitor:

> *Art. 1.º, § 2.º Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.*
>
> *Art. 5.º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:*
>
> *I – de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;*
>
> *II – de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;*
>
> *III – de decisão judicial transitada em julgado.*

Afora esses casos de expressa previsão na Lei 12.016/2009, algumas situações também se revelam impeditivas do uso do remédio em estudo, conforme amplo amparo doutrinário em tal sentido e pacificação segura de entendimento nos Tribunais. Analisaremos ao final tais hipóteses.

5.2.2. Atos de gestão comercial praticados por administradores de empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionárias

No primeiro caso, do art. 1.º, § 2.º, dos *atos de gestão comercial*, o fundamento é simples e compreensível, sendo o legislador, em um primeiro momento, merecedor de aplausos. Duas razões explicam a opção do legislador em vedar o uso do *mandamus* em tais hipóteses. Primeiramente, de perceber que as pessoas referidas no citado dispositivo, na verdade, não atuam no cumprimento de atividade típica da Administração Pública, não atuam como *agentes públicos em sentido estrito*, mas sim como empresários, como agentes econômicos. Atos praticados por essas pessoas não são, de fato, atos de *administração;* atos ***da*** *Administração*, mas sim atos pertencentes ao mundo privado. Entretanto, não é apenas em razão desse argumento que se deve vedar o uso do mandado de segurança. Observe-se que a lei não fala que é defeso uso do mandado de segurança perante ***atos***

dessas pessoas, e sim diante de ***atos de gestão comercial***. Ou seja, o que se torna insuscetível de ser discutido em sede de mandado de segurança é o ***ato de gestão comercial*** praticado pelos ***administradores*** dessas pessoas ***empresárias***. Os *atos de gestão comercial* são atos de mero expediente da atividade mercantil, atos simples e ordinários da execução básica da empresa. Logo, um *ato de gestão comercial* praticado por administradores de pessoas jurídicas que atuam no campo da atividade econômica, como empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionárias não configura ato de Administração para ensejar o uso do mandado de segurança. Não é para esse tipo de conduta que se projeta o *mandamus*, remédio idealizado para proteger o cidadão contra abusos e ilegalidades praticados pelo Estado no exercício de suas funções estatais, ou, quando muito, por particulares que estejam atuando na execução de atividades típicas de Estado. O *writ* não foi gerado para o enfrentamento de relações estritamente privadas e desprovidas de qualquer caráter público.

Por fim, quanto a essa previsão legal vedando o uso do mandado de segurança nos atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionárias de serviços públicos, três observações merecem ser feitas.

A primeira delas é que em hipótese alguma deve o leitor se confundir e acreditar que para todo e qualquer ato praticado pelos administradores das pessoas acima referidas é vedado mandado de segurança; não! É vedado o mandado de segurança quando esses administradores praticam ***atos de gestão comercial***. Conclusão lógica é a de que a lei não impede, de modo generalizante, a impetração de mandado de segurança contra atos advindos das autoridades que dirigem essas pessoas. Se o ato praticado por elas violar direito líquido e certo ou ameaçá-lo de lesão e *não for um ato de mero expediente,* ou seja*, não for um ato de gestão comercial*, não há qualquer vedação na lei quanto ao uso do *mandamus*, o qual se revela cabível.

A segunda observação importante é a de que a lei não distinguiu as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de atividade econômica das prestadoras de serviço público exclusivo. Hoje convivemos com essas esdrúxulas figuras, as *empresas públicas prestadoras de serviços exclusivos de Estado*, o mesmo se aplicando às *sociedades de economia mista*. Exemplo conhecido dessas *empresas* é o dos Correios (ECT) e da Infraero*,* entre outros. Quando essas pessoas são criadas, a finalidade a ser explorada como objeto de suas atuações é a prestação de um serviço típico da Administração, tanto que se vem reconhecendo natureza autárquica a essas pessoas, ao passo de o próprio STF legitimar em diversos pontos específicos a aplicação do regime próprio das autarquias a essas pessoas, como ocorre no deferimento da imunidade tributária recíproca que o Supremo entende alcançá-las. Nesse linear, fica a dúvida quanto à vedação imposta pela Lei 12.016/2009: seria proibido o uso do mandado de segurança também diante dos atos de gestão praticados pelos administradores de empresas públicas e sociedades de economia mista quando estas atuarem como prestadoras de serviços exclusivos de Estado? À míngua de a questão ainda se revelar obscura, entendemos que a vedação permaneceria, não obstante tenhamos a convicta certeza da intensa diferença entre tais pessoas e aquelas que atuam no campo da atividade econômica. Isso pelo fato de considerarmos que um ato de mera *gestão comercial* não configura ato

estatal invasor da esfera dos direitos dos cidadãos, não perpetra na órbita de condutas para as quais se projetou o mandado de segurança como remédio heroico da cidadania. Por fim, registre-se que atos de gestão *comercial* nem seriam peculiares a essas pessoas, afinal, se atuam como *prestadoras de serviços públicos*, não deveria haver espaço para a atividade mercantil, fato que, lamentavelmente, testemunhamos não ser respeitado, pois diversas dessas prestadoras de serviços "exclusivos" de Estado avançam nos limites de suas atividades e flagrantemente prestam atividade econômica também, caso dos Correios quando atuam na atividade serviços bancários, de malotes e de transportador de mercadorias e cargas. Ainda assim, pensamos que, quando o ato praticado se configurar como um ato de mera *gestão comercial*, não desafiará legitimação para o *mandamus*.

A terceira e última pontuação é a de que a lei vedou o uso do mandado de segurança quando tais atos são praticados pelos administradores das *concessionárias* de serviços públicos, silenciando quanto às *permissionárias* e até quanto às pessoas que recebem mera e precária *autorização* para a exploração de tais serviços. Não obstante reconheçamos que os mandamentos hermenêuticos de segurança não recomendem interpretações extensivas de normas restritivas e excepcionais, cremos que seria irrazoável negar a aplicação da vedação em comento quanto a tais pessoas. Sejam esses particulares *concessionários, permissionários* ou meramente pessoas *autorizadas* a explorar economicamente serviços públicos, a vedação de uso de mandado de segurança contra atos de gestão comercial praticados por seus administradores deve imperar, pelos mesmos motivos já comentados acima. Tais atos não desafiam uso da via mandamental, seja lá quem for a pessoa que os pratique. Rogo, entretanto, especial atenção aos leitores que estudam para provas de concursos públicos que essa é uma conclusão pessoal do autor, visto que a lei nada comenta. Tenham o devido zelo de em provas objetivas lembrarem que a lei não afirma por tal vedação às referidas pessoas que inclui no alcance da proibição em estudo (as pessoas que celebram contrato de permissão ou recebem autorização para explorarem serviços públicos); nas provas discursivas e orais, vale pelo menos o comentário a título de reflexão, independentemente de qual seja a convicção pessoal de cada um.

5.2.3. Ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução

5.2.3.1. Noções iniciais

Como prevê a Lei 12.016/2009 em seu art. 5.º, I, não seria cabível impetração de mandado de segurança diante de ato coator se houver recurso administrativo com efeito suspensivo disponível ao administrado. A questão merece alguns comentários consideráveis. Vamos a eles.

A primeira observação deve ser feita no sentido de esclarecer qual a intenção do legislador em prever tal vedação. Em seguida, comentaremos a interpretação que vem sendo dada ao alcance e à aplicação do dispositivo.

5.2.3.2. A intenção do legislador. Argumentos favoráveis à vedação

Ao vedar o manuseio do *writ* quando cabe recurso administrativo com efeito suspensivo, o que

quis o legislador foi exatamente determinar que o cidadão utilize a via administrativa que lhe é disponível, não buscando a via judiciária para se socorrer da lesão sofrida em seu direito líquido e certo em razão do ato da Administração. O que a lei busca fomentar é a ideia de que, se cabe o recurso administrativo capaz de suspender os efeitos coatores do ato, não se deve procurar a via judiciária, a qual vem se procurando preservar, sob os mantos da operabilidade e economicidade, vertentes nucleares do processo civil constitucional contemporâneo, o qual vem marchando fortemente na linha da desjudicialização jurisdicional.

Observe-se que, *em regra*, os recursos administrativos *não têm efeito suspensivo*. Ou seja, normalmente, quando um administrado interpõe recurso em face de certo ato da Administração, do qual discorda, esse recurso tem efeito *apenas devolutivo*, propiciando a apreciação dos fundamentos apontados no questionamento da validade da conduta praticada e impugnada, não suspendendo os efeitos decorrentes do ato administrativo atacado. Resta dizer, quando o cidadão se vale da garantia constitucional de impugnar os atos da Administração, promovendo o controle de legalidade deles, instaurando a revisão da conduta mediante a deflagração de um processo administrativo, isso não é suficiente para obstar a eficácia do ato impugnado. E, *como regra*, há realmente de ser assim. O nosso sistema jurídico é correto em seguir a orientação de que os recursos e reclamações administrativas não tenham o poder de obstar a eficácia dos atos da Administração, salvo especial previsão em contrário. Não fosse essa a regra, nenhuma segurança haveria no sistema e comprometida restaria a eficiência da Administração, pois diante de todo e qualquer ato administrativo poderia o cidadão impugná-lo e assim frear a atuação do Administrador. Em uma linha mais avançada de pensamento, poder-se-ia anarquizar a Administração, pois os administrados teriam sempre a prerrogativa de boicotar sua executoriedade, impedindo sua eficiência, mediante simples interposições de recursos administrativos diante de todo e qualquer ato. Fosse realmente possível reconhecer efeito suspensivo imediato aos recursos administrativos, de nada adiantaria a presunção de validade dos atos da Administração, a qual, por mais que seja relativa, é vital para o andamento da execução das competências e atribuições administrativas do Estado. E por que estamos tecendo esse comentário explicativo? Para demonstrar que somente em situações excepcionais é que encontramos recursos administrativos com efeitos suspensivos. Apenas em casos realmente especiais e raros é que a lei atribui ao recurso administrativo o efeito suspensivo originário. E, quando assim o é, a interposição desse recurso já é suficiente para atacar o ato coator e bloquear sua eficácia, fazendo cessar o efeito de coação e suspendendo qualquer lesão ao direito do administrado. Interposto o recurso, restaria de imediato protegido o direito e obstada a eficácia da coação. Nesses casos, para que buscar o mandado de segurança??? Não seria necessário manusear a via heroica em juízo...

Perceba-se que, quando a lei, em certas e raras situações especiais, atribui efeito suspensivo ao recurso administrativo, a simples interposição deste já traz a mesma garantia que um mandado de segurança com deferimento de liminar traria! Ora, o que se busca no *mandamus*? Não é a concessão da segurança em definitivo para invalidar o ato da Administração, protegendo o cidadão contra os efeitos ilícitos decorrentes da medida praticada e diante da qual se impetra o *writ*? E, quando se pede a concessão da segurança em caráter liminar, não é exatamente com o objetivo de gerar essa

proteção de imediato e durante o curso do processo? Tudo isso se consegue de plano quando se interpõe o recurso administrativo ao qual a lei atribui efeito suspensivo, e com uma série de vantagens, senão vejamos: na interposição do recurso administrativo não há que se pagar custas e taxas, como na via judicial sói acontecer; na via administrativa a suspensão dos efeitos do ato impugnado é imediata e definitiva até o final do processo, enquanto na via judicial a liminar que suspende tais efeitos é precária e pode ser cassada a qualquer tempo; na via administrativa o efeito suspensivo decorre da simples interposição do recurso, enquanto na via judicial, para que seja deferida a liminar, é necessário provar o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*; em sede de recurso administrativo pode-se promover dilação probatória do direito alegado, não sendo necessário apresentar provas pré-constituídas quando da interposição, ao contrário da via judicial mandamental, em que não cabe dilação probatória e as provas da liquidez e certeza do direito alegado devem ser documentalmente apresentadas quando da impetração do *writ*; dentre uma série de outras vantagens que poderiam aqui ser elencadas. O grande exemplo a ser citado é o dos recursos administrativos em matéria tributária, aos quais o CTN atribui em seu art. 151, III, efeito suspensivo. Ou seja, quando o contribuinte faz a impugnação administrativa do lançamento, de um auto de infração, imediatamente fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário cobrado, impedida a execução fiscal e protegido o sujeito passivo da relação tributária.

Portanto, perceba-se que há uma série de vantagens ao se optar pelo recurso administrativo (quando este tem efeito suspensivo) do que pela via do mandado de segurança. E, sempre lembrando a certeza de que, caso o administrado perca na decisão final de mérito no processo administrativo, ainda assim poderá rever a questão na via judicial, pois a nossa jurisprudência é no sentido de que a decisão final meritória denegatória na via administrativa não tem efeito de coisa julgada material, não exaurindo a cognição meritória do feito. Talvez tenha sido essa a reflexão do legislador quando dispôs que *não cabe impetração de mandado de segurança quando existe recurso administrativo com efeito suspensivo disponível*. No fundo, a lei misturou a ideia da lógica (de fato, não é necessário o mandado de segurança) com a da proteção ao cidadão (há incontáveis vantagens em seguir a via administrativa, conforme acabamos de comentar) para apresentar tal vedação. E nos parece bem coerente o raciocínio. Entretanto, é preciso conhecer as críticas que se fazem a esse dispositivo e sabermos como a doutrina e a jurisprudência se manifestam quanto ao tema. Façamos isso a partir de agora nas linhas imediatamente a seguir.

5.2.3.3. Críticas à vedação imposta no art. 5.º, I, da Lei 12.016/2009

Apesar de todo o exposto, muitos estudiosos entendem que o dispositivo em epígrafe é incompatível com a garantia constitucional da inafastabilidade do acesso ao Judiciário, consagrada no art. 5.º, XXXV, da Magna Carta, e, por assim ser, seria inconstitucional. Nessa forma de pensar, jamais poderia a lei, qualquer que fosse ela, fazer o que já fazia a velha Lei do Mandado de Segurança (Lei 1.533/1951), e repetiu a nova e atual Lei 12.016/2009, proibindo o uso do mandado de segurança.

A se acolher esse entendimento, seria sempre cabível o uso do mandado de segurança, mesmo que

houvesse recurso administrativo com efeito suspensivo disponível, bastando que os requisitos legitimadores do uso do *mandamus* estivessem presentes. Os que simpatizam com essa tese sempre alegam que o fato de o recurso administrativo eventualmente trazer maiores vantagens para o administrado não é fundamento suficiente para vetar a opção do cidadão de discutir seu direito na via judicial; e, se na via judicial sempre será cabível a defesa do direito mediante ajuizamento de ação ordinária, ainda que caiba recurso administrativo paralelamente, por que não caberia o mandado de segurança? Ou seja, e ainda avançando nesse pensamento, a opção entre a via administrativa ou a via judicial é decorrente do livre-arbítrio do jurisdicionado, visto que a Constituição assegura as duas vias de proteção como garantias inafastáveis, cabendo ao titular do direito lesado escolher com base em suas convicções livres se prefere se defender administrativa ou judicialmente. E, se pode buscar socorro na via judicial com base em ações ordinárias concorrentemente com o uso da via administrativa, seria incongruente não caber uso do mandado de segurança caso se tenha direito líquido e certo (não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*), se possa fazer prova pré-constituída e se esteja dentro do prazo tempestivo de 120 dias para a impetração.

Realmente, se o nosso Judiciário se manifesta no sentido de entender que as duas vias de discussão (judicial e administrativa) são opcionais e alternativas, não faria sentido caber a ação ordinária, e não caber o mandado de segurança. Do contrário, se o cidadão optar por se defender na via judicial em detrimento da via administrativa disponível, seria obrigado a usar a ação ordinária em prejuízo da mandamental (mais célere e mais barata), ou, então, ter que ficar passivamente inerte esperando esgotar o prazo para interposição do recurso administrativo e somente a partir daí impetrar o mandado de segurança. Nenhuma das opções no parece razoável. Portanto, em posição pessoal, aceitamos que, *porquanto perdure o entendimento de que a via judicial e a via administrativa são paralelas e concorrentes, plenamente alternativas*, deve ser admitido o mandado de segurança, mesmo que seja cabível o uso de recurso administrativo com efeito suspensivo. Não obstante haja coerência em todos os argumentos antes apresentados para justificar a postura do legislador, cremos que, conforme frisado acima, em razão de ainda prevalecer o entendimento de que as vias judicial e administrativa são alternativas, a mais coerente posição a ser seguida é realmente a de que não se deve aceitar a vedação imposta pelo art. 5.º, I, da Lei 12.016/2009. Como exemplo, seria realmente irrazoável aceitar que, diante de um lançamento cobrando dívida tributária flagrantemente indevida, coubesse ajuizamento de ação anulatória concorrentemente com a interposição do recurso administrativo, e não fosse viável o uso do mandado de segurança. Não faria sentido obrigar o contribuinte que optasse por se defender na via judicial a ajuizar a ordinária ação anulatória em detrimento de impetrar o *mandamus*, nos casos em que fosse viável. Curvamo-nos, portanto, a esse entendimento crítico ao art. 5.º, I, da Lei 12.016/2009.

5.2.3.4. Como interpretar o dispositivo. Inconstitucionalidade? Constitucionalidade? Interpretação conforme?

Há três possíveis teses quanto à admissibilidade ou não da regra disposta no art. 5.º, I, da Lei 12.016/2009.

Os que optarem por acolher como legítima a vedação legal de uso do mandado de segurança na hipótese estudada, entenderão pela plena validade do dispositivo e se abraçarão com a certeza de que tal dispositivo é plenamente compatível com a Constituição, especialmente por ter caráter protetivo, apesar de trazer uma proibição.

Os que entendem que a vedação do uso do mandado de segurança no caso em tela é incompatível com os limites constitucionais protetivos das garantias cidadãs podem optar por duas teses, uma mais radical, no sentido de afirmar pela inconstitucionalidade do dispositivo, ou então um caminho mais conciliador, no propósito de fazer uma interpretação do dispositivo que lhe daria compatibilidade com o livre acesso ao Judiciário e não vedaria o uso do mandado de segurança, mesmo que fosse cabível a interposição de recurso administrativo com efeito suspensivo. E é sobre essa *interpretação conforme* que quero tecer os comentários finais com os quais encerro este tópico. Vejamos.

A interpretação que salva o dispositivo e evita a declaração de sua inconstitucionalidade deve ser feita no sentido de entender que o legislador quis afirmar que não cabe impetração de mandado de segurança quando o administrado *interpôs* recurso administrativo que tem efeito suspensivo. Ou seja, nos casos em que o cidadão *já está usando o recurso administrativo*.

Nesses casos, logicamente que *não pode ser cabível o mandado de segurança*, pois, a toda evidência, não haverá mais *efeito coator*, o qual estará suspenso desde a interposição do recurso administrativo. Constate-se que, processualmente falando, faltaria *interesse de agir* ao jurisdicionado se ele fosse impetrar o *mandamus*. Correta a conclusão, pois, se já foi interposto o recurso e ele provoca efeito suspensivo ao ato administrativo, não faz sentido impetrar mandado de segurança, e, sendo técnico no comentário, não é juridicamente cabível, pois, como bem frisado, se não há mais *efeito coator,* não há mais um direito sob lesão, e, logo, falta um pressuposto fundamental legitimador do uso do mandado de segurança.

Analise-se o exemplo no Direito Tributário. Se o contribuinte interpôs o recurso administrativo diante de lançamento feito do qual discordou, provocou a imediata suspensão da exigibilidade do crédito tributário, razão pela qual não está mais na desconfortável situação de ser um administrado que está sofrendo lesão a seu direito, motivo pelo qual realmente não será viável impetrar o *mandamus*.

5.2.3.5. A questão nos tribunais

O Supremo Tribunal Federal, antes mesmo do advento da Constituição de 1967 e da de 1988, quando ainda da vigência da Carta de 1946 e em momento que ainda vigia a Lei 1.533/1951, apreciando a matéria, passou a declinar entendimento no sentido de dar uma interpretação restritiva à vedação ao uso do mandado de segurança quando coubesse manuseio de recurso administrativo com efeito suspensivo. Passou a acolher como legítimo o uso do mandado de segurança quando o ato da autoridade administrativa fosse um ***ato omissivo***. Ou seja, se a coação decorresse de uma ***omissão*** da autoridade administrativa, que, por tal conduta negativa, violasse o direito líquido e certo do cidadão, caberia uso do *mandamus*, mesmo que a legislação de regência contemplasse o direito de interposição de recurso administrativo com efeito suspensivo.

Ora, inteligente a posição da Casa Constitucional maior, pois, ainda que seja juridicamente viável o recurso administrativo, como impugnar um ato que se pratica por omissão? Por mais que teoricamente seja possível, notória a dificuldade de operar tal defesa na via administrativa. Por assim ser, a Corte passou a entender ser de livre uso o mandado de segurança, não se aplicando a vedação prevista no art. 5.º, I, da Lei 1.533/1951, correspondente ao atual art. 5.º, II, da Lei 12.016/2009. Nesses termos foi que na sessão plenária de 01.06.1964 aprovou o Verbete Sumular 429, declinando posição institucional a respeito do tema. Transcrevo o verbete:

STF, Súmula 429. A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade.

Entretanto, importante esclarecer que tal posicionamento da Corte Excelsa somente se deu para os casos de ***omissão da autoridade administrativa***. Afora essas situações, o Supremo não se manifestara no sentido de expressamente determinar que caberia uso de mandado de segurança quando coubesse uso concorrente de recurso administrativo com efeito suspensivo. Nunca chegou a expressamente fulminar a previsão negatória do art. 5.º da Lei do Mandado de Segurança.

Apesar da carência de uma expressa posição da STF no sentido claro e enfatizante de ser cabível o uso de mandado de segurança, porquanto ainda seja disponível o recurso administrativo, tal posição pode ser presumida do entendimento declinado pelos Ministros da Casa no julgamento de várias decisões. O que se percebe em todas elas é que a grande preocupação do STF é a de deixar claro que não será viável impetração do *writ* quando houver recurso administrativo com efeito suspensivo ***já interposto***, com o processo administrativo já em andamento, exatamente na linha do disposto no tópico anterior, quando fizemos o comentário sobre a interpretação conforme a Constituição que deve ser dada à previsão legal de vedação esperada no atual art. 5.º, II, da Lei 12.016/2009.

Nessa linha como vem tratando a matéria, o STF age corretamente ao negar o uso do mandado de segurança quando o *recurso com efeito suspensivo já tiver sido interposto*, pois, como também já comentado, nessas situações, não há mais o estado de *lesão*, de coação, o direito está temporariamente protegido pelo efeito suspensivo que o recurso administrativo provoca sobre os efeitos decorrentes da conduta coatora.

Do contrário, o que se pode presumir é que, se o STF nega uso do mandado de segurança *quando o recurso está em andamento*, não lhe exclui quando ele não está protocolizado. Seria legítima a conclusão extraída em tal sentido. Transcrevo abaixo a ementa de dois julgamentos recentes no Supremo Tribunal Federal em tal linha de conclusão, relatados pela Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha:

Agravo regimental no mandado de segurança. Interposição de recurso administrativo com efeito suspensivo perante o Tribunal de Contas da União. Impetração simultânea de mandado de segurança. Impossibilidade.

1. O art. 5.º, I, da Lei 1.533/1951 desautoriza a impetração de mandado de segurança quando o ato coator puder ser impugnado por recurso administrativo provido de efeito suspensivo. 2. Agravo regimental ao qual se nega provimento (Tribunal Pleno, MS 27.772, AgR/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 15.04.2009).

Embargos de declaração no mandado de segurança. Conversão em agravo regimental. Impetração simultânea de mandado de segurança e de recurso administrativo com efeito suspensivo. Tribunal de Contas da União. Legalidade de ato de aposentadoria. Não sujeição ao contraditório e à ampla defesa.

1. O art. 5.º, I, da Lei 1.533/1951 desautoriza a impetração de mandado de segurança quando o ato coator puder ser impugnado por recurso administrativo provido de efeito suspensivo. 2. Inexistência de erro de fato. Impossibilidade de decretação de nulidade de processo administrativo, no qual pende julgamento de pedido de reexame, sob pena de se desrespeitar a competência constitucional do Tribunal de Contas da União. 3. No julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão, o Tribunal de Contas da União não se sujeita aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Súmula Vinculante n. 3 do Supremo Tribunal Federal. 4. Agravo regimental ao qual se nega provimento (Tribunal Pleno, MS 26.737 ED/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 25.06.2008).

Observe-se que os julgamentos acima transcritos, relatados pela Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, se deram nos anos de 2008 e 2009. Vale citar que no ano de 2007 houve também importante precedente de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto no mesmo sentido. Faço referência a esse especial julgado, pois apenas uma leitura isolada da ementa levaria a um equivocado raciocínio no sentido de que o STF teria adotado uma posição diferente da que estamos passando aqui. É que, não obstante a leitura sugira que a decisão teria sido no sentido de que não caberia o uso do mandado de segurança, porquanto perdurasse prazo aberto para interposição do recurso administrativo, na verdade, não foi exatamente isso o que ocorreu, e, quando se faz a leitura completa do inteiro teor do julgado, se percebe que a Corte julgou exatamente na compreensão de que não cabe mandado de segurança *quando já existe recurso interposto*, conforme se repetiu nos anos de 2008 e de 2009 nos julgados relatados pela Ministra Cármen Lúcia. Transcrevo a ementa do *decisum* de 2007 aqui em comento:

Mandado de segurança. Agravo regimental. Ato administrativo. Pendência de recurso administrativo com efeito suspensivo.

1. "Não se dará mandado de segurança quando se tratar de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo" (inciso I do art. 5.º da Lei 1.533/1951). 2. Recurso improvido (Tribunal Pleno, MS 26.178 AgR/DF, Rel. Min. Carlos Britto, j. 06.06.2007).

5.2.4. Decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo

Um pouco diferente da vedação narrada nas últimas páginas, é a que consta do inciso II do art. 5.º da Lei 12.016/2009, ainda que guardando sensíveis semelhanças. Aqui, a lei veda que se impetre mandado de segurança diante de ***decisão judicial*** porquanto existe prazo para interposição de *recurso com efeito suspensivo*. Ou seja, se certo jurisdicionado está debatendo judicialmente matéria de seu interesse, e no curso do processo é proferida decisão contrária à sua pretensão, caso seja proferida decisão judicial com a qual ele não concorda e caiba interposição de recurso com efeito suspensivo, ***não caberá impetração do mandado de segurança*** contra essa decisão judicial. Tratamos aqui das vedações de uso de mandado de segurança em face de **atos decisórios judiciais**, o que se repete no inciso III do mesmo artigo, a seguir discutido. Continuemos com alguns comentários específicos sobre a vedação do inciso II.

A intenção do legislador é de rápida compreensão, pois, quando o litigante tem disponível o uso do recurso *no próprio processo* por ele já iniciado e se atribui a esse recurso o efeito suspensivo, seria irrazoável instaurar novo processo para atacar o ato judicial, ainda que este possa realmente estar violando direito líquido e certo seu.

O que precisa ser compreendido é que, no momento em que o ordenamento jurídico opta por fornecer o uso de recurso para questionar a decisão proferida da qual se discorda, e, além disso, atribui a esse recurso o efeito suspensivo, é porque entende que a marcha do *devido processo legal*

não se exauriu, continua aberta ao litigante interessado, sendo o recurso ofertado a via adequada para continuidade da defesa no processo. O mandado de segurança não é projetado para situações como essa. Não é função do mandado de segurança atuar em conjunturas como a que se narra. Quando um administrado/jurisdicionado está se sentindo violado por uma decisão judicial, claro que deve ter instrumentalidade para sua defesa, e o recurso passível de interposição é que deve ser entendido como a via processual correta de manuseio, e não um autônomo mandado de segurança, o que fomentaria um novo processo, novos custos, novo debate, o qual, na essência, versaria sobre a mesma questão de fundo que já se está por debater no processo principal, implicando um desnecessário atentado à operabilidade. Portanto, registre-se: mandado de segurança não é via substitutiva para interposição de recurso contra provimento judicial, quando esse recurso tem efeito suspensivo. Alguns comentários ainda merecem registro.

A matéria ora em comento, na verdade, já estava prevista na Lei 1.533/1951.

5.2.5. Decisão judicial transitada em julgado

Nesse ponto, parece-nos que a intenção do legislador foi deixar claro que o mandado de segurança não deve ser confundido com a *ação rescisória*, bem como não deve fragilizar o manto da coisa julgada, causando abalo à segurança jurídica, desestabilizando a efetividade dos provimentos jurisdicionais exauridos. Nesse viés é que não será admissível a impetração de mandado de segurança em face de atos que já foram debatidos judicialmente, tendo esse debate chegado ao seu exaurimento. A via adequada para tentar a relativização da coisa julgada é a ação rescisória, e não o mandado de segurança.

5.3. Outros casos de vedação ao uso de mandado de segurança. A jurisprudência nos tribunais superiores

Existem outras hipóteses em que não se admitirá a impetração do mandado de segurança. Algumas delas decorrem de expresso reconhecimento jurisprudencial, tendo dado, inclusive, ensejo à edição de verbetes sumulares pelos Tribunais maiores. Incluindo as hipóteses já estudadas nas últimas páginas, apresento rol com resumo das dez principais hipóteses de não cabimento do mandado de segurança, citando súmulas relativas ao tema e destacando alguns julgamentos recentes que tiveram destaque:

1) direito protegido por *habeas corpus* (liberdade de locomoção);

2) direito protegido por *habeas data* (acesso à informação fornecida por cadastros públicos de dados);

3) atos de mera gestão comercial praticados por administradores de empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionárias (Lei 12.016/2009, art. 1.º, § 2.º);

4) em face de ato administrativo contra o qual tenha sido interposto recurso administrativo com

efeito suspensivo (Lei. 12.016/2009, art. 5.º, I);

5) em face de ato judicial de decisão da qual caiba recurso com efeito suspensivo (Lei 12.016/2009, art. 5.º, II);

6) em face de decisão judicial transitada em julgado (Lei 12.016/2009, art. 5.º, III – Súmula 268, STF);

7) em face de decisões interlocutórias em sede de Juizados Especiais, por exemplo, a concessão de liminar (STF, RE 576.847/BA – Informativo 547);

8) contra lei em tese (STF, Súmula 266);

9) quando a base do direito avocado é uma lei anulada por outra lei declarada constitucional; carência de direito líquido e certo (Súmula 474, STF);

10) para almejar condenação a pagamento de valores ou para discutir questões patrimoniais pretéritas; mandado de segurança não substitui a ação de cobrança (STF, Súmulas 269 e 271);

11) em face de atos administrativos questionados quanto ao seu *mérito*.

• Decisões Interlocutórias em Juizados. Deferimento de Liminares. Não cabe mandado de segurança contra a decisão

Recurso extraordinário. Processo civil. Repercussão geral reconhecida. Mandado de segurança. Cabimento. Decisão liminar nos juizados especiais. Lei 9.099/1995. Art. 5.º, LV, da Constituição do Brasil. Princípio constitucional da ampla defesa. Ausência de violação.

1. **Não cabe mandado de segurança das decisões interlocutórias exaradas em processos submetidos ao rito da Lei 9.099/1995**. 2. A Lei 9.099/1995 está voltada à promoção de celeridade no processamento e julgamento de causas cíveis de complexidade menor. Daí ter consagrado a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, inarredável. 3. Não cabe, nos casos por ela abrangidos, aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, sob a forma do agravo de instrumento, ou o uso do instituto do mandado de segurança. 4. Não há afronta ao princípio constitucional da ampla defesa (art. 5.º, LV, da CB), uma vez que decisões interlocutórias podem ser impugnadas quando da interposição de recurso inominado. Recurso extraordinário a que se nega provimento (RE 576.847/BA, Rel. Min. Eros Grau, j. 20.05.2009). Vide Informativo 547.

• Recurso administrativo cabível. Cabimento de mandado de segurança

Súmula 429/STF: "A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade".

• Cabimento de recurso ou correição. Lei 1.533/1951, art. 5.º[10]

Súmula 267/STF: "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição".

É certo que esta Corte, abrandando a rigidez da Súmula 267, tem admitido Mandado de Segurança quando, do ato impugnado, puder resultar dano irreparável, desde logo cabalmente demonstrado (MS 22.623-AgR, Min. Sydney Sanches, *DJ* 07.03.1997).

• Ato judicial. Recurso cabível. Terceiro prejudicado

Súmula 202/STJ: "A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso".

Súmula 101/STF: "O mandado de segurança não substitui a ação popular".

Súmula 266/STF: "Não cabe mandado de segurança contra lei em tese".

Súmula 267/STF: "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição".

Súmula 268/STF: "Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado".

Súmula 269/STF: "O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança".

Súmula 271/STF: "Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria".

Súmula 429/STF: "A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade".

Súmula 474/STF: "Não há direito líquido e certo, amparado pelo mandado de segurança, quando se escuda em lei cujos efeitos foram anulados por outra, declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal".

6. AUTORIDADE COATORA

A autoridade coatora é aquela que tem o poder e a legitimidade para praticar o ato. Ainda que, na prática, terminemos por considerar como autoridade coatora aquela que pratica o ato, aquela que, de fato, executa a conduta violadora do direito líquido e certo do administrado, o correto é reconhecer que *coatora* é a autoridade que tem a legitimidade e o poder de praticar a conduta, mesmo que permita que outra o execute em seu nome.

Na prova da OAB é importante identificar a autoridade coatora, pois é requisito da petição inicial apontá-la, conforme reza o art. 6.º da Lei 12.016/2009, visto que se requererá, adiante, nos pedidos, sua notificação para que preste esclarecimentos sobre o ato impugnado. O examinador certamente deixará claro na prova quem é a autoridade coatora que pratica o ato, para que o candidato possa fazer referência a ela na estruturação da sua petição. Do contrário, caso não esclareça quem é a pessoa, basta que o candidato fale em abstrato, ou seja, faça referência genérica a ela.

7. PRAZOS

Tratando-se de mandado de segurança preventivo, não devemos nos preocupar com a questão do prazo, pois, como regra, não opera a caducidade do direito potestativo de manusear o mandado de segurança para evitar um ato coator que ainda não ocorreu. Não é no âmbito do mandado de

segurança preventivo que normalmente discutimos a questão do prazo.

Diferente na questão do mandado de segurança repressivo, para atacar o ato ilegal ou abusivo *já praticado*. Nesses casos, há de respeitar a previsão do art. 23 da Lei 12.016/2009, que estabelece prazo de 120 dias para cabimento da impetração do mandado de segurança. Esse prazo é de natureza decadencial, e, *a priori*, não se suspende ou interrompe.

Muito já se questionou sobre a constitucionalidade desse prazo, alegando-se que não poderia o legislador ordinário restringir o uso de um remédio constitucional de tal envergadura, especialmente se o próprio constituinte não o fez. Apesar da inteligência da tese, o STF entendeu que o dispositivo legal que imputa o prazo é constitucional, visto que a caducidade é apenas do direito de defender o direito avocado *por mandado de segurança*; o direito em si continua apto a ser defendido em sede de ações ordinárias. Nessa esteira é que se consolidou entendimento que deu ensejo à **Súmula 632 do STF**, declarando a uniformizada posição da Suprema Corte em aceitar como válida a estipulação do prazo de 120 dias para impetração do mandado de segurança repressivo.

8. COMPETÊNCIA

A competência para julgar mandado de segurança será determinada em razão da análise de quem é a autoridade coatora. É fundamental identificá-la, pois algumas autoridades gozam de foro privilegiado, devendo ser impetrado o mandado de segurança seguindo tais normas especiais. Em matéria tributária, especialmente nas relações tributárias estaduais e municipais, é necessário conhecer a Constituição Estadual, pois é nela que aparecerão as regras de prerrogativa de foro. A CRFB, ao tratar, no art. 125, § 1.º, da organização judiciária dos Estados, determinou que cabe à Constituição do Estado fazê-lo; por isso, para analisar a competência para julgar mandado de segurança em razão de atos de autoridades dos Estados, deve-se observar a Constituição de cada Estado. Vejamos o dispositivo constitucional em comento:

> ***CRFB/1988 – Art. 125.*** *Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.*
>
> *§ 1.º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.*

Na prova de Direito Tributário, no Exame da Ordem, tenho indicado aos alunos que observem, no momento do endereçamento, se a autoridade coatora é federal ou não. Sendo estadual ou municipal, tenho recomendado que façam o endereçamento pelos moldes normais, pois, por certo, não há como decorar a organização judiciária de todas as Constituições Estaduais (nem seria razoável em uma prova da OAB) para saber com exatidão se naquele Estado a autoridade coatora tem ou não prerrogativa especial de foro. Logo, na peça, no momento de elaborar o endereçamento (E1) na P1, basta usar o tradicional jargão e se reportar ao “Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ___ Vara _____ da Comarca de _____”. Em matéria federal, salvo se o ato for praticado por uma das autoridades a que a Constituição designa foro especial, deve o candidato mais uma vez seguir o modelo-padrão de endereçamento, usando o tradicional “Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da ___ Vara Federal da Seção Judiciária do _____”.

Apresento, a seguir, um breve resumo que uso nas salas de aula com os alunos para informar detalhes específicos sobre competência em geral para o mandado de segurança.

– Quanto à competência do STF e do STJ para julgar mandado de segurança, está definida na Constituição; o mesmo com Tribunais Federais e Juízes Federais; as dos Tribunais de Justiça e Juízes Estaduais, como visto, dependerá das Constituições dos Estados;

– STF – CRFB/1988 (art. 102, I, d*, e art. 102, II,* a*);*

– STJ – CRFB/1988 (art. 105, I, b*, e art. 105, II,* b*);*

– TRF – CRFB/1988 (art. 108, I, c*);*

– Juízes Federais – CRFB/1988 (art. 109, VIII);

– TJs e Juízes Estaduais – de acordo com a organização normativa estadual.

– É normal que as Cartas Estaduais designem ao TJ julgar mandado de segurança em face de atos de diversas autoridades, inclusive do Poder Executivo, como Secretários de Estado.

– Quanto ao *STF,* ***ele*** *só julga mandado de segurança das mais altas autoridades, do topo da estrutura estatal****; no Poder Executivo, só julga atos do*** *Presidente da República****; em relação ao Ministério Público, só julga atos do*** *PGR****; no Judiciário, só julga*** *atos do próprio STF****; no Legislativo, só dos*** *Presidentes do Senado, Câmara e TCU****;***

– Nos termos das Súmulas 330 e 624 do STF, quanto ao Judiciário, ele só julga mandado de segurança de atos do próprio STF, não lhe cabendo apreciar atos de outros Tribunais, sejam os dos Estados ou quaisquer outros;

– Em nível recursal, o STF julga em sede de *RECURSO ORDINÁRIO* ***as*** *decisões denegatórias* ***de mandado de segurança quando julgados em última instância em Tribunais Superiores, ou seja, quando há mandado de segurança de competência originária em Tribunal Superior,*** *e a decisão é denegatória****, o*** *Recurso Ordinário é para o STF****; assim como se o mandado de segurança for de sede originária no Tribunal Regional ou de Justiça e a decisão for denegatória, o Recurso Ordinário é para o STJ.***

- **STF: competência originária (art. 102, I, *d*)**

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

(...)

d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o **mandado de segurança** e o *habeas data* **contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do**

Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal.

- **STF: competência em recurso ordinário (art. 102, II, *a*)**

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

II – julgar, em recurso ordinário:

a) o *habeas corpus*, **o mandado de segurança,** o *habeas data* e o mandado de injunção **decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.**

- **Súmulas do STF**

Súmula 624/STF: "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer originariamente de mandado de segurança contra atos de outros Tribunais".

Súmula 330/STF: "O Supremo Tribunal Federal não é competente para conhecer de mandado de segurança contra atos dos Tribunais de Justiça dos Estados".

Súmula 627/STF: "No mandado de segurança contra nomeação de magistrado de competência do Presidente da República, este é considerado autoridade coatora, ainda que o fundamento da impetração seja nulidade ocorrida em fase anterior".

Trata-se de ato complexo, que resulta de sucessivas manifestações de vontades até alcançar o ato final.

Súmula 248/STF: "É competente, originariamente, o Supremo Tribunal Federal, para Mandado de Segurança contra ato do Tribunal de Contas da União".

Súmula 272/STF: "Não se admite como ordinário recurso extraordinário de decisão denegatória de mandado de segurança".

– Quanto ao STJ, julgará os atos de Ministros de Estado, atos do próprio STJ, ou dos chefes das Forças Armadas (comandantes da Marinha, Exército ou Aeronáutica);

– ***Deve-se ter atenção para o fato de o STJ julgar mandado de segurança em face de ato praticado pelo Ministro de Estado, mas não se pode confundir*** *o ato do Ministro* ***com um ato de um*** *órgão colegiado do qual o Ministro de Estado faça parte****; nesses casos,*** *não cabe ao STJ julgar* ***o mandado de segurança contra esse ato, pois o mesmo não é pessoal do Ministro, e sim do Órgão; vale a leitura da Súmula 177 do STJ;***

– Em **sede recursal,** o STJ julga em **Recurso Ordinário** as **decisões denegatórias** os mandado de segurança impetrados em Instância Originária nos Tribunais Regionais e Tribunais de Justiça.

- **STJ: competência originária (art. 105, I, *b*)**

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar, originariamente:

(...)

b) os mandados de segurança e os *habeas data* **contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do**

Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal.

• **Súmulas do STJ**

Súmula 41/STJ: "O Superior Tribunal de Justiça não tem competência para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de outros Tribunais ou dos respectivos órgãos".

Súmula 177/STJ: "O Superior Tribunal de Justiça é incompetente para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de órgão colegiado presidido por Ministro de Estado".

• **STJ: recurso ordinário (art. 105, II, *b*)**

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

II – julgar, em recurso ordinário:

(...)

b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão.

– O TRF só vai apreciar mandado de segurança em razão de atos coatores do próprio Tribunal Federal ou de Juízes Federais.

• **TRF: competência originária (art. 108, I, *c*)**

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I – processar e julgar, originariamente:

(...)

c) os mandados de segurança e os *habeas data* contra **ato do próprio Tribunal ou de juiz federal.**

• **Juízes federais: competência originária (art. 109, VIII)**

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

(...)

VIII – os mandados de segurança e os *habeas data* **contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;**

Súmula 511/STF: "Compete à Justiça Federal, em ambas as instâncias, processar e julgar as causas entre autarquias federais e entidades públicas locais, inclusive mandados de segurança, ressalvada a ação fiscal, nos termos da Constituição Federal de 1967, art. 119, § 3.º".

– A Súmula 556 excluiu da Justiça Federal ***as causas em que é parte*** *sociedade de economia mista****; tais feitos, em regra, são legados à Justiça Estadual; o atual art. 109, I, da***

CRFB/1988 *não faz referência às sociedades de economia mista****.***

Súmula 556/STF: "É competente a Justiça Comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista".

– O abrandamento vem pela Súmula 517 para os casos em que a União intervier como assistente ou opoente nas causas em face de Sociedade de Economia Mista:

Súmula 517/STF: "As sociedades de economia mista só têm foro na Justiça Federal, quando a União intervém como assistente ou opoente".

– A Lei 12.016/2009 gerou *polêmica* ***em relação aos atos praticados por administradores de sociedades de economia mista, indagando-se se a matéria seria atraída para a Justiça Federal em razão do seu art. 2.º, que afirma que se considerará "federal" a autoridade coatora quando as consequências patrimoniais do ato forem suportadas pela União ou por entidade por ela controlada:***

Lei 12.016/2009, art. 2.º: "Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada".

– Finalmente, necessário mencionar a Súmula 510 do STF acerca da legitimidade passiva por atos de autoridade em exercício de competência delegada.

Súmula 510/STF: "Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial".

CAPÍTULO II

APONTAMENTOS SOBRE MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

1. MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Um dos mais comuns *habitats* para que vislumbremos o uso do *mandado de segurança* por parte dos administrados é exatamente aquele no qual se insere a matéria tributária. Comum no nosso país a prática de atos administrativos indevidos por parte da Administração Fazendária. Não raro ocorre a situação em que a Fazenda lança tributos indevidos, flagrantemente inconstitucionais, tributa situações em que não ocorre o fato gerador, notifica, inscreve em dívida ativa e executa pessoas que não são as reais devedoras, exige obrigações acessórias sem previsão na legislação tributária, dentre uma série de outras condutas violadoras de direitos líquidos e certos dos contribuintes costumeiramente flagradas.

Sempre que em situações como essas o contribuinte puder fazer a prova documental da liquidez e certeza de seu direito, desde que não deixe se exaurir o prazo legal para impetração do remédio heroico[11], poderá impetrá-lo contra o ato coator da Administração Fazendária.

Na prática tributária, o mandado de segurança é de uso comum, especialmente quando o contribuinte tem a diligência de procurar um advogado dentro do prazo de impetração. Revela-se extremamente útil, por exemplo, nas questões em que se discute a inconstitucionalidade da lei que regula a tributação que se pretende impugnar, pois, por se tratar de inconstitucionalidade, dificilmente na via administrativa se consegue a decisão favorável, visto que a Administração Fiscal sempre alega que cobrou o tributo pois a lei determinava que assim se fizesse, e, como o lançamento é um procedimento vinculado, não cabe à autoridade fazendária deixar de aplicá-la, até porque a lei goza de presunção de validade. Logo, em tais casos o mandado de segurança se revela via extremamente oportuna, sendo sempre mais vantajoso que a ordinária ação anulatória, seja em face do rito especial, seja em face dos menores custos suportados pelo contribuinte.

2. MANDADO DE SEGURANÇA E RECURSO ADMINISTRATIVO

Conforme já comentado detalhadamente em tópico anterior, o STF vem aceitando a impetração do mandado de segurança mesmo enquanto perdurar o prazo para interposição do recurso administrativo, tenha ele efeito suspensivo ou não.

Como visto, o que se veda é a impetração de mandado de segurança quando houver processo administrativo em curso e dentro do qual tenha sido reconhecido efeito suspensivo ao ato administrativo impugnado.

Nesses moldes, o fato de ter sido realizado lançamento fiscal e ainda estar disponível o prazo para interposição do recurso administrativo contra a cobrança não vai obstar o direito de impetrar o mandado de segurança, podendo o contribuinte, que assim optar, ter sua defesa externada por via do *mandamus*, atacando a notificação fiscal em sede mandamental. Remetemos o leitor ao tópico *retro* no qual abordamos cautelosa e detalhadamente o tema.

3. MANDADO DE SEGURANÇA REPRESSIVO E AÇÃO ANULATÓRIA

Costumo dizer que *onde cabe o mandado de segurança caberá a anulatória*, ainda que nem sempre quando couber a anulatória caberá o mandado de segurança. Em uma de suas provas, a OAB elaborou quesito para que o candidato pudesse impetrar o mandado de segurança em face do ato coator da Administração Tributária. Entretanto, no momento da divulgação do gabarito, aceitou as duas peças, tanto a *mandamental* como a *ordinária*. E isso porque não é errado usar a ação anulatória pelo fato de que cabe o mandado de segurança. É evidente que o mandado de segurança tem uma série de vantagens, como a maior celeridade e o menor custo, mas, friso, o candidato que optar por ajuizar uma ação ordinária *não estará elaborando uma peça inadequada*.

Para que caiba o mandado de segurança repressivo, aquele por via do qual o advogado se insurge em face do lançamento indevido, é preciso que alguns pressupostos estejam presentes. Em primeiro lugar, é necessário que haja a tempestividade, ou seja, que ainda não se tenha extrapolado o prazo de 120 dias a contar do ato coator, nos termos do art. 23 da Lei 12.016/2009. Em segundo aspecto, é imprescindível que seja possível fazer a prova pré-constituída documentalmente do direito alegado, ou seja, o advogado tem que ter a possibilidade de provar com documentos, na própria petição inicial, que houve o ato, que este viola direitos e interesses do contribuinte, afetando-o, bem como que existe um bom direito para sustentar o alegado. Se puder fazer essa prova no próprio ato de impetração, caberá o mandado de segurança.

Na prova da Ordem, se o examinador quiser que o candidato redija a peça de mandado de segurança, se essa realmente for a intenção, ele dará alguns indícios que permitirão concluir por tal escolha. A primeira dica subliminar que pode aparecer é a referência às datas, ao prazo, deixando claro o examinador que ainda não se passaram 120 dias a contar do ato coator praticado. A segunda é falar em adoção de medida de urgência, via mais célere, ação mais rápida etc. Ou então citar na questão que o cliente possui rol de documentos que são capazes de fazer prova inconteste da certeza do alegado. Observem que são dicas que podem aparecer na questão que indicarão a intenção de corrigir uma peça de mandado de segurança. Claro que, em todos esses casos, considerando que já houve o ato coator.

Por fim, SEMPRE FRISO aos meus alunos: se na prova você não se sentir seguro para fazer o mandado de segurança, faça a anulatória, pois esta não será uma peça inadequada. Só não cabe essa escolha se o examinador, de modo taxativo, exigir que se impetre o mandado de segurança, caso que dificilmente ocorrerá.

4. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO E AÇÃO DECLARATÓRIA

Em algumas situações da práxis tributária é cabível, por que não dizer, até necessário, impetrar mandado de segurança preventivo, com pedido liminar quase sempre, buscando evitar prejuízos que se revelam iminentes. O contribuinte percebe que o fisco vai praticar a conduta que ensejará violação a direito seu líquido e certo, causando prejuízos indevidos, razão pela qual o advogado se antecipa à medida fiscal lesiva e impetra o MS Preventivo. Normalmente, quando cabível, sempre mais vantajoso que a ordinária ação declaratória.

O MS Preventivo, na maioria das vezes, termina por substituir a ação declaratória, ação ordinária que em regra se usa antes da prática dos lançamentos, quando o contribuinte percebe que poderá ser praticado pelo fisco um ato indevido que importará em prejuízo para ele. Se tiver como fazer a prova de que a conduta está em vias de ocorrer, que por meio dela a Administração fiscal estará laborando em prática de ato ilegal ou com abuso de poder e que os efeitos da conduta serão a violação de um direito, pode o contribuinte impetrar o MS Preventivo.

Constate-se que a grande dificuldade de se identificar o cabimento do MS Preventivo é a análise, caso a caso, de se realmente há risco concreto da prática de um ato abusivo da administração. É preciso que tal situação se revele clara no caso analisado, sob pena de se legitimar um equívoco, qual seja, a impetração do MS contra lei em tese. O MS não é remédio para questionamento em abstrato do conteúdo de uma lei, nem mesmo das leis tributárias. O MS é remédio de urgência que atua no propósito de eliminar os efeitos de um ato coator em ocorrência (MS Repressivo) ou em vias reais de ser praticado (MS Preventivo). Se não há o risco da medida ser praticada para atingir o contribuinte em concreto, não há que se cogitar do MS Preventivo. E é exatamente essa a grande dificuldade probatória no caso concreto, eis que o contribuinte impetrante deve provar, no próprio ato de impetração, que a medida fiscal está em vias reais de ser praticada, demonstrando documentalmente qual seu abuso e qual direito estará sendo violado com a referida prática. Provado, entretanto, que o ato vai ocorrer, apontada sua ilegalidade ou abuso e indicado qual direito estará ameaçado de lesão, plenamente cabível o MS Preventivo, remédio utilizado com extrema habitualidade na advocacia tributária.

É muito comumente impetrado por contribuintes que gozam de isenções fiscais e imunidades tributárias, mas que tomam ciência de que o fisco está cobrando o tributo de pessoas em situações idênticas, desconsiderando o benefício fiscal. Para não sofrerem os efeitos de conduta símile, os contribuintes, por intermédio de seus advogados, impetram o MS Preventivo, almejando impedir o lançamento por meio de deferimento liminar. Nesse caso, na verdade, é muito importante frisar: o efeito que realmente decorrerá da concessão da liminar ***não é o de impedir o lançamento, o qual ocorrerá (e deverá) ser realizado pela Administração!, mas sim o de impedir seus efeitos***. Isso porque o fisco precisa lançar o tributo, mesmo que já haja MS impetrado preventivamente, e, em especial, ainda que tenha sido deferida a medida liminar. É preciso interromper o prazo de decadência que corre contra o lançamento, o qual não é obstado pela impetração do MS e sequer pelo deferimento da liminar. Logo, o que de fato se ataca com o MS Preventivo são os ***efeitos do lançamento***, os quais, caso deferida a liminar, não se produzirão, mas não impedem o lançamento, o

que também seria um equívoco.

Note-se, portanto, em face de observação que se acabou de registrar, a especialidade dos MSs preventivos em matéria tributária, quando feita uma análise comparativa com MSs preventivos impetrados em outras searas. Nas demais esferas de práticas administrativas (não tributárias), o que normalmente se busca com o MS preventivo é exatamente impedir a prática do ato coator. No direito tributário, em regra, não é isso que se almeja. Isso porque é necessário entender que, se o fisco não lançar a dívida, pode sofrer a decadência de tal direito. Imagine-se a hipótese em que o fato gerador já tenha ocorrido há quase cinco anos e o fisco ainda não lançou o tributo... em vias de lançar e já quase se consumando o prazo decadencial de cinco anos, o contribuinte impetra o remédio preventivo. Suponha que nesse caso seja inclusive deferida a liminar pelo magistrado e por força disso o fisco não possa lançar. O prazo decadencial continuaria a correr e poderia até mesmo se consumar. Por fim, nesse mesmo *case*, cogitem que o magistrado, após avaliar melhor a questão, entenda por não manter o provimento liminar e decida de modo contrário ao final, não concedendo a segurança. De que adiantaria julgar improcedente o MS, não concedendo a segurança, entendendo que a fazenda poderia praticar o ato de cobrança, sendo plenamente tributável o fato concreto, se o prazo decadencial já estaria consumado? De nada. E o fisco restaria prejudicado, privilegiando-se um contribuinte que impetrou um MS quando de fato sequer direito tinha, frustrando-se a persecução creditória em favor do credor de boa-fé e o ordenamento jurídico fiscal como um todo. É por isso que a Administração tem que lançar, ainda que esse lançamento não produza efeitos. Logo, o que quero demonstrar ao amigo leitor é que no MS Preventivo em matéria tributária, em regra, não se pede para que não se pratique o ato coator, porque ele deve ser praticado; o que se deve pedir é que o ato ***não tenha efeitos coatores***, ou seja, ***não gere exigibilidade***.

Outra situação muito comum para impetração de MS preventivo em matéria tributária ocorre quando o contribuinte descobre que a fazenda está lançando dívidas tributárias relativamente a condutas que ***não são fato gerador***, mas que a Administração vem equivocadamente entendendo que sejam. Se o contribuinte vem praticando essas condutas, entendendo não haver fato típico, e, logo, não recolhendo o tributo, quando toma ciência de que a Administração está lançando, pode impetrar o MS preventivo.

Caso também habitual ocorre quando a fazenda abusiva e indevidamente promove retenções de verbas no salário de servidores públicos, seja em nível de imposto de renda ou de contribuições previdenciárias, ou até mesmo por não reconhecer isenções, se repetindo mensalmente essa medida indevida. Provando ser indevido o desconto, pode o contribuinte impetrar o MS preventivo, objetivando romper o ciclo de repetição mensal de prática do ato. Conseguindo demonstrar ao magistrado que a retenção é indevida, certamente terá a segurança concedida, e, mais ainda, provando que a retenção infundada lhe causa danos, possivelmente conseguirá a liminar. Essencial destacar, entretanto, que esse é um dos casos especiais em que se pede para não se praticar o ato coator que está em vias reais de se realizar, já que sua simples prática já esquarteja o direito do administrado. Ou seja, diferente do comentário supra apresentado, aqui, nessa hipótese, o pedido no MS é realmente para que se ordene a não prática do ato de retenção. Isso porque, nesse *case*

particular comentado, de nada adianta para o contribuinte qualquer medida judicial que não seja o impedimento do lançamento, já que, pelo simples fato de ser este realizado, já importará em consumação do prejuízo. Vale frisar, ainda quanto ao exemplo em análise, que não haverá, de fato, prejuízo ao fisco quanto ao quesito "lapso temporal para o lançamento", eis que a cada mês nasceria novo prazo de cinco anos para cobrar as verbas daquele referido período.

5. DA LIMINAR

O pedido liminar em sede de mandado de segurança deve obedecer aos requisitos previstos no art. 7.º da Lei 12.016/2009, sempre observando-se que em algumas matérias o referido dispositivo veda a possibilidade de concessão de liminar.

Para que caiba o deferimento da liminar, deve o candidato demonstrar que existe o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Novidade que vem sendo muito questionada, introduzida a partir da vigência da Lei 12.016/2009, é a de o juiz poder condicionar o deferimento da liminar à apresentação de uma contracautela, ou seja, depósito, fiança ou caução. Em outras palavras, se o juiz entender que é necessário exigir a garantia para preservar interesses públicos e vislumbrar que essa exigência é suportável pelo impetrante, a lei autoriza que ele condicione o deferimento da liminar à tal postura do impetrante.

Na prova da OAB sempre oriento os alunos a redigirem na P2 um tópico à parte para a liminar, no qual se cuidarão não apenas dos pressupostos genéricos de cabimento, mas, acima de tudo, se registrará o pedido de deferimento da liminar sem necessidade de oferecimento de garantia.

Sobre o tema da liminar, transcrevo abaixo breve resumo que utilizo nas salas de aula com os alunos para que seja útil ao leitor:

Requisitos para deferimento

– **Fundamento relevante** (analogia ao *fumus boni iuris*);

– **Possibilidade de a medida se tornar ineficaz** (analogia ao *periculum in mora*).

Caução, Fiança ou Depósito

– A Lei 12.016/2009 **inovou** autorizando o magistrado a **exigir garantia** dada pelo impetrante e em favor do Poder Púbico;

– Magistrado não é obrigado; é uma faculdade;

– OAB ajuizou ADIN; cita que o legislador restringiu a efetividade de uma garantia constitucional;

– Se de um lado a medida liminar visa acautelar um direito em ordem de urgência, essa exigência de garantia tem natureza de ***contracautela***, visando proteger o interesse público em face da

possibilidade de prejuízos patrimoniais.

Natureza da liminar em mandado de segurança

– Pode ter **natureza antecipatória** (o magistrado defere ao autor exatamente aquilo que ele pretende ao final – se dá em liminar provimento em que o conteúdo coincide com o conteúdo da pretensão definitiva do autor, a ser buscada em definitivo ao final) ou **natureza acautelatória** (defere um provimento para assegurar a continuidade útil da relação processual; defere objeto diferente do pretendido ao final);

– Ex.: pessoa se submeteu a concurso público; lei não exige exame psicotécnico; edital exigiu o exame; não tinha previsão em lei; exigência inconstitucional; pedido no mandado de segurança é participar do curso de formação para poder tomar posse; pede liminar para prosseguir no concurso participando do curso (nesse caso, liminar antecipatória); mas poderia pedir para paralisar o concurso, alegando que pode sofrer um prejuízo ao final se ficar fora do curso de formação (aqui, a liminar tem natureza acautelatória).

Vedação legal ao deferimento de liminar (art. 7.º, § 2.º, da lei 12.016/2009 – Quatro hipóteses)

a) Compensação de créditos tributários;

b) Entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior;

c) Reclassificação ou equiparação de servidores públicos;

d) Concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza a servidores públicos.

Obs. 1: ***Nas hipóteses "c" e "d" poder-se-ia ter um impacto patrimonial nas contas públicas, sem previsão orçamentária; gerar-se-ia em liminar uma despesa pública não prevista em lei; lembre-se que decisões judiciais que gerem despesas públicas devem ser pagas por precatórios.***

Obs. 2: ***Não se confunde com atos em que a autoridade*** *cancela* ***abusivamente uma gratificação que o servidor*** *já ganhava****; ele já a recebia; deseja, em liminar, o mero*** *restabelecimento****, e não a incorporação de uma vantagem; caberia a liminar!***

Efeitos e caducidade da liminar (arts. 7.º, § 3.º, e 8.º)

– Salvo se **revogada ou cassada, os efeitos persistirão até a prolação da sentença;**

– Sofrerá a caducidade nos termos do art. 8.º da Lei 12.016/2009.

6. DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Não obstante o profundo descontentamento dos advogados, consolidou-se nos Tribunais brasileiros o entendimento de que em sede de mandado de segurança ***não cabe condenação em honorários advocatícios***.

Ainda nos idos dos anos 1960 o Supremo Tribunal Federal já decidia pela não possibilidade de o impetrante receber a verba relativa aos honorários pagos a seu advogado. No dia 03.12.1969 o Pleno aprovou a **Súmula 512** e proclamou por tal inadmissibilidade. Transcrevo o seu breve e objetivo texto:

STF, Súmula 512 – Não cabe condenação em honorários **de** advogado na ação **de mandado de segurança.**

O entendimento se edifica sob a premissa de que em sede de mandado de segurança ***não há réu***, não existe ***pessoa*** sendo atacada, e sim ***um ato da Administração***, não sendo possível falar, portanto, em "parte vencida", e sim em *ato impugnado e reconhecido como indevido*. Nessa perspectiva não poderia ser a Fazenda condenada a pagar honorários. Em particular, discordamos, embora não tenhamos o poder de mudar a posição adotada no Tribunal.

Por fim, frisamos que, após o advento da Constituição de 1988 e com o surgimento do STJ, a Superior Corte seguiu o entendimento afirmado pelo STF na década de 1960 e também expediu verbete sumular de idêntico teor. Fazemos referência aqui à **Súmula 105 do STJ**, a qual transcrevemos:

STJ, Súmula 105 – Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios.

Portanto, chamo a atenção do leitor para que, ao redigir uma petição inicial em mandado de segurança, não peça a condenação da Administração em honorários, pois, consoante entendimento pacificado nos Tribunais (vide súmulas antes transcritas), não existe esse direito.

7. DAS PROVAS

Dentro da proposta fim que o ordenamento reserva ao *mandado de segurança*, resta inviável a possibilidade de se pretender produzir provas no curso do processo. É inadmissível a dilação probatória.

O impetrante deve apresentar no próprio ato de ajuizamento todas as provas necessárias para referendarem a liquidez e certeza de seu direito, bem como da prática do ato impugnado e de seu efeito coator. As provas devem constar em documentação anexa na própria petição inicial. Se o impetrante não puder acostar provas documentais de ofício na petição, não será admitido o uso do mandado de segurança.

O raciocínio é simples para se compreender tal limitação. Para que possa o magistrado conceder a ordem de suspender os efeitos do ato da administração, o qual, até que se prove em contrário, se presume válido, é realmente fundamental que reste provado de modo inequívoco que existe o abuso de poder ou a ilegalidade. Se for necessária persecução probatória, a via adequada é a ação ordinária. O MS é remédio idealizado apenas para os casos em que realmente o direito líquido e certo e sua violação podem ser atestados de plano no mero ajuizamento, podendo o estado juiz

constatar o feito de imediato.

8. DA PETIÇÃO INICIAL. RECOMENDAÇÕES PARA A PROVA DA 2.ª FASE DO EXAME DE ORDEM

A petição inicial em sede de Mandado de Segurança atrai uma série de especialidades, pelo que o advogado deve ter diferenciada atenção quando se sua elaboração.

A começar pelo fato de existir um artigo próprio na Lei 12.016/2009, qual seja, o art. 6.º, que se destina a normatizar com alguns pormenores a forma correta de redigi-la. Tal dispositivo deve ser interpretado em consonância com os arts. 282 e 283 do CPC.

No que tange ao endereçamento da petição, algumas regras especiais de competência para o processamento do feito também precisam ser observadas, já que, a depender de quem seja a autoridade coatora, o feito será deslocado para aforamento originário nos Tribunais (TJ, TRF, STJ ou até mesmo o STF).

Em relação à causa de pedir e ao pedido, diversas considerações precisam ser expostas para que não se deixe a petição "carente" de alguns detalhes que são fundamentais, especialmente para os que vão realizar provas de concursos públicos ou o Exame de Ordem.

O tópico referente à "prova pré-constituída" merece especial cuidado, assim como o que faz jus à "liminar". Em relação à "liminar", é essencial destacar, desde logo, que existe um sistema normativo especial para tutelar as liminares em sede de MS, sendo realmente imperioso o estudo apartado do tema.

Quanto aos pedidos, também há particularidades de relevo, sendo certo que o rol de pelitos em sede de MS guarda sensíveis diferenças em relação ao catálogo de pedidos a serem formulados nas ações ordinárias.

Oportuno também acrescer que existem algumas diferenças no modo de redigir a petição a depender se o caso for de MS Repressivo ou MS Preventivo.

Por força de se tratar de tema de profundo relevo e que merece atencioso zelo, optamos por abordá-lo em capítulo próprio, o que faremos na sequência desse título, abrindo espaço para que possamos, com calma, asseverar toda a digressão que entendemos imprescindível a fim de orientar os candidatos a redigirem adequadamente suas petições iniciais em sede mandamental.

9. MANDADO DE SEGURANÇA E COMPENSAÇÃO

Vale frisar importante tema, que é a ligação do MS com o procedimento da compensação. E é fundamental que vocês prestem atenção nesses comentários a seguir narrados, pois, são pequenos detalhes que não podem ser confundidos. É permitido o uso de MS para que se consiga judicialmente o reconhecimento do direito à compensação. Mas, a ordem para que se cumpra o procedimento ***não***

pode ser dada em sede liminar. Ou seja, ***não cabe ao Juiz conceder liminar para ordenar a compensação, obrigando a autoridade administrativa que proceda à compensação solicitada pelo contribuinte***. Mas, é preciso perceber que ***a vedação de concessão de liminar NÃO PROIBE A IMPETRAÇÃO DO MS PARA ESSE FIM***. Ou seja, repito: cabe o uso do MS, sem problema algum, para que o administrado possa conseguir judicialmente a medida que ordene a compensação na via administrativa. Mas, só não será em sede liminar.

E é razoável que se vede a liminar ordenando a compensação. Afinal, imaginem: se ficar autorizada a compensação e essa se efetuar, o crédito se extingue. Depois de extinto, como seria possível voltar atrás? A liminar teria efeito exauriente do crédito tributário. E, mais: autorizada a compensação, o Estado suporta uma perda. Desde que seja correta, tudo certo, nenhuma irregularidade. A grande questão é ordenar *liminarmente* essa perda. Realmente salutar vedar esse deferimento em caráter precário. Vale leitura das Súmulas 212 e 213 do STJ, as quais falam exatamente sobre esse tema. A Súmula 212 afirma que "a compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória", e a Súmula 213 determina que "O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária".

Por fim, oportuno frisar que nada tem a ver o tema ora abordado (cabimento de MS para conseguir autorização para proceder a compensação na via administrativa) com uma outra situação, a qual, não obstante parecida, não se confunde, qual seja, o *case* no qual se discute o cabimento de mandado de segurança para reconhecer a compensação de ICMS ou IPI feita automaticamente pelo próprio contribuinte nas operações internas que faz dentro da empresa, na sua própria contabilidade, manuseando o regime de compensação de débito e crédito, apurando o quanto entende que deve recolher de ICMS ou IPI após certo período de apuração. Ou seja, se o contribuinte, manuseando suas contas, pagou certo valor entendendo que esse era o passivo devido após apurado o saldo entre débito e crédito, não pode fazer do MS via para ter reconhecido esse cálculo, ainda que esteja diante de uma situação fática em que o fisco recusou fidelidade a essas contas. Entendeu o STJ não ser caso para cabimento de MS, reconhecendo que a via mandamental não seria a adequada para ver reconhecida a validade dessa compensação operada internamente pelo próprio contribuinte. E por conta desse entendimento editou a **Súmula 460, STJ**, expedida no dia 8 de setembro do ano de 2010.

10. MANDADO DE SEGURANÇA PARA LIBERAÇÃO DE MERCADORIA APREENDIDA POR INADIMPLEMENTO FISCAL

Conduta ainda lamentavelmente praticada em nosso país, e que desafia a impetração de mandado de segurança, consiste na apreensão pela Administração Pública de bens e mercadorias dos contribuintes sob a legação de que, por não pagarem seus tributos, teriam que se submeter a tal desajustada medida. Vou ser objetivo e contundente: incabível, inviável, deplorável! Inadmissível que ainda ocorram situações em que o fisco move a máquina pública para tal feito, peculiar a um dos

mais terríveis momentos vividos na história desse país, quando a Ditadura imperava, o direito ao contraditório era maculado, ampla defesa era uma mera aspiração abstrata e o acesso ao devido processo legal, um privilégio de poucos.

Não pode a Fazenda Pública, seja qual for a dimensão e os contornos do caso concreto, adotar medida tamanhamente odiosa como a que ora se analisa. Se um contribuinte está moroso, inadimplente com seus deveres fiscais, o ordenamento jurídico oferece ao fisco um aparato fortíssimo para executá-lo, farto em mecanismos vorazes para que, por via deles, possa reprimir o contribuinte, compelindo-o ao dever do adimplemento, ainda que pela perda (pela via correta) de seu patrimônio. A via adequada para tal feito é a do ajuizamento de ação de execução fiscal e não medidas coercitivas de apreensão e confisco de bens, interdição de estabelecimentos, cassação de licenças ou alvarás, cancelamento de registros etc., posturas odiosas que aviltam a liberdade profissional, a livre-iniciativa, o direito de empresa e labor, o direito de propriedade, de intimidade e privacidade, prejudicando o direito de defesa e contraditório, consagrando nefasto sistema de autotutela estatal, sem oportunidade de defesa e com vilipêndio ao termômetro da proporcionalidade.

A fazenda goza de uma série de privilégios e garantias que, por si mesmas, já restringem bastante a esfera de autodefesa do administrado. Não que sejam indevidas tais vantagens, pelo contrário, pois o crédito tributário é merecedor de um sistema protetivo; todavia, o que se deve ter a sensibilidade de enxergar é que o caminho para o fisco inadimplido conseguir compelir o contribuinte a adimplir é exatamente o de mover esse sistema jurídico executório. O caminho para a fazenda constranger o devedor é ajuizando a ação de execução fiscal, manuseando todo o sistema de ferramentas conexas que servem como instrumentos que ampliam a proteção ao seu crédito. Esse é o caminho adequado, posto que, por via dele, apesar de todos os privilégios gerados ao Estado, respeitam-se as garantias constitucionais edificadas sob a bandeira do direito de defesa do cidadão, brasão que açambarca o princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, formal e material, com amparo nos critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

O modelo de *autotutela* estatal foi deixado para trás juntamente com as cicatrizes da ditadura militar, sendo raríssimas as exceções salvaguardadas (o que não é o caso), incompatível com o contemporâneo modelo de processo civil constitucional que hoje norteia a mobilidade do Judiciário na persecução da jurisdição, balizando-se pela ponderação inteligente entre a proteção ao direito creditório do credor de boa-fé com a necessidade de não violar garantias constitucionais do devedor, o qual, nem sempre estará de má-fé, o que, frise-se, não se deve presumir.

Portanto, sempre que a Administração Fiscal de certo ente federativo praticar medida coercitiva como essa, em razão do fato de o contribuinte estar inadimplente, a medida processual ideal a ser praticada é a da impetração de mandado de segurança repressivo em face do ato, o qual é inegavelmente *coator*, consagrando a ilegalidade e o abuso de direito. Para que seja possível a impetração, é necessário juntar os documentos probatórios da ocorrência do ato, demonstrando que este lhe atinge (interesse de agir), e requerer o deferimento liminar da segurança, para que libere, em caráter de urgência, o bem apreendido, que se restabeleça o registro ou licença, ou alvará, que assegura a atuação da empresa, e assim em diante.

Atualmente no nosso país tem sido muito comum que ocorram atos como esses nas fronteiras interestaduais. Muitas vezes, um fornecedor de mercadorias que envia bens para serem comercializados em outros Estados (às vezes um fabricante, um distribuidor, enviando para um lojista ou um comerciante individual, para que revenda) não recolhe o ICMS devido na origem, no Estado de onde parte a operação. E nem sempre isso se dá por má-fé, por tentativa de sonegação, de driblar o fisco. E aí quando o caminhão vai passar pelo posto fiscal na estrada, normalmente situado nas imediações da fronteira entre diferentes Estados, o agente fiscal ordena a apreensão da carga pelo fato de que o motorista do caminhão não possui a nota de recolhimento do ICMS devido na origem (em regra, 12%, excepcionalmente 7% sobre o valor da operação). Ou seja, como o fornecedor não pagou o ICMS da "saída", a fiscalização tenta impedir que a mercadoria prossiga a caminho do seu destino final. Dessa forma, age de modo a obrigar o contribuinte a recolher o ICMS, sob pena de não conseguir completar sua venda, de não dar seguimento a sua operação. Para conseguir a imediata liberação, acaba pagando, e, em diversas vezes, se endividando, pegando dinheiro emprestado em banco etc., para conseguir dar seguimento a sua operação. Queria que vocês tivessem muito carinho e fina sensibilidade para avaliarem essa situação, com a frieza e imparcialidade que devemos ter aqui.

É claro que o imposto deve ser pago, o ponto de reflexão é outro, muito mais profundo... reflita-se: caso esse imposto não seja voluntariamente recolhido, como fazer para cobrá-lo? Seria correto tomar os bens, confiscar a mercadoria, em vez de ajuizar a execução fiscal pela sonegação, aplicando multas e demais sanções cabíveis? Com tal medida agressiva, o contribuinte tem como se defender? Será que todo contribuinte, ao atuar como fornecedor, ao enviar suas mercadorias sem recolher o ICMS no ato de venda, o faz por má-fé e com o objetivo de realmente sonegar? Será que numa economia instável como a nossa, em que a maioria dos empresários é composta de pequenos e microempresários, que não conseguem suportar a carga tributária flagrantemente confiscatória e que matam um leão por dia para não fecharem seus negócios, não seria razoável considerar que muitas vezes o fornecedor que envia a mercadoria não recolhe o ICMS antes da venda porque *não tem o dinheiro*, e somente o conseguirá após receber o pagamento pelo comprador, o qual, muitas vezes, se dá de modo parcelado, pós-datado etc.? Será que seria coerente condicionar o direito de comercializar mercadorias interestadualmente ao obrigatório e inafastável dever de pagar o imposto antes mesmo da operação se concluir? Tal condicionamento não colidiria com a livre-iniciativa, com a política de expansão do comércio em caráter nacional, com a política de incentivo à empresa, às relações de consumo, ao trabalho? Reflitam sobre todas essas perguntas... depois, parem por um minuto e se questionem: vocês acham realmente normal e coerente que a Administração Tributária possa continuar praticando essas medidas? Vocês acham que elas são compatíveis com as garantias materiais e processuais constitucionalmente asseguradas em favor de todo e qualquer cidadão, trabalhador, empreendedor, agente econômico? É evidente que todos nós respondemos a mesma coisa, perfeito? Incompatível.

Por outro lado, e sei que aqui jamais servirá como escusa legítima, pois apesar de toda a razoabilidade dos comentários que farei agora, eles não aniquilam as conclusões acima finalizadas, não posso deixar de registrar que tenho, também, a sensibilidade, para, me colocando do outro lado

da moeda, me posicionando ao lado dos agentes fiscais *honestos*, que atuam com amor a seu ofício e que procuram de modo honrado e dedicado atuar na defesa do erário, entender o desespero que lhes invade a alma quando testemunham uma massa de empresários bandidos, sonegadores profissionais, criminosos, que se valem das brechas do sistema, tentando manusear garantias que se ergueram historicamente em prol de pessoas honestas e boas para fazer delas escudo, que, como manto blindado, elucubra uma marginal órbita podre na qual atuam criminosos que enriquecem ilicitamente às custas de poucos que trabalham e pagam seus tributos, prejudicando o Estado e a sociedade.

Com certeza, conviver em tal *habitat* e testemunhar diariamente tais feitos, os quais são visíveis e não impunes, por certo revolta e inspira condutas desmesuradas. Todavia, *apesar de tudo isso*, NÃO SE JUSTIFICA a ação de responder um ato ilícito com outro ilícito. Não se pode, por força de uma menor gama de pessoas desonestas, prejudicar uma imensa maioria de pessoas honradas, que se matam para trabalhar, gerar emprego, manter a empresa, gerar arrecadação tributária, promover o crescimento da economia etc. Generalizar o direito da Administração de aplicar medidas de apreensão de mercadorias e bens em operações interestaduais pelo fato de o ICMS não ser recolhido seria um disparate, posto que se agrediriam milhares de pequenos empresários que atuam de modo lícito, os quais, infelizmente, muitas vezes não estão com fluxo de caixa, não possuem o capital necessário para recolher o imposto, impedindo que eles possam dar continuidade em suas vendas, travando as operações, em face da apreensão confiscatória dos bens. Isto poderia significar o caos total, não só na vida desse empresário, mas também na do comprador, do consumidor final, e, enfim, analisando-se o feito com uma visão macro, poder-se-ia concretizar uma catástrofe a nível de toda a atividade econômica do país. Imaginem vocês que diversas operações dessas fiquem travadas por força de não se ter recolhido ICMS na saída dos bens. Quantas lojas e comerciantes revendedores ficariam prejudicados esperando as mercadorias? Quantos consumidores ficariam sem os bens? Será que eles podem esperar? Se essas vendas ficarem travadas nas fronteiras e o vendedor remetente não conseguir pagar o imposto, será que essas empresas suportariam sua manutenção e seriam capazes de sobreviver ou quebrariam? Se essas pessoas quebrarem por força de ICMS não pago, será que a União perderia Imposto de Renda e a Seguridade Social perderia receita de Contribuições? Quantas pessoas ficariam sem emprego? Já imaginaram essa situação multiplicada em escala, em todas as fronteiras do país?

Observem, amigos, que prós e contras existem para ambos os lados. Daí a questão migra para o campo da ponderação de valores e interesses. E, evidentemente, a razoabilidade guiará a formação desse juízo de valor conclusivo do direcionamento a ser adotado e seguido pelo ordenamento jurídico. E o razoável aqui sequer vai balançar, indicará que o caminho é o de impedir a apreensão dos bens, ainda que sequelas continuem a ser geradas... todavia menores do que aquelas que decorrerão da adoção do direcionamento contrário.

Caso a Administração aplique o auto de apreensão das mercadorias, o advogado deve, de imediato, no interesse do cliente, impetrar o Mandado de Segurança e pedir a liminar para liberar a mercadoria! Caso tenha dificuldade de conseguir juntar as provas documentais (em sede de MS devem ser sempre pré-constituídas), pode também ajuizar a ordinária Ação Anulatória, objetivando anular o auto de apreensão. E, claro, sendo o caso, se o ICMS for indevido, pede-se a anulação da

própria cobrança e não apenas a anulação da apreensão. Ou seja, se o ICMS, no caso, não for devido, pede-se a anulação tanto da apreensão da mercadoria como da própria cobrança do ICMS.

O **Supremo Tribunal Federal**, desde a edição da clássica **Súmula 323**, já editada antes mesmo da Constituição de 1988, vem, de modo consistente, reafirmando esse posicionamento. Em provas, sempre recomendo a citação dessa Súmula para fundamentar o direito de ver a mercadoria liberada.

11. INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTOS POR FORÇA DE INADIMPLEMENTO FISCAL. INCONSTITUCIONALIDADE. CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA REPRESSIVO COM PEDIDO LIMINAR

Na mesma linha da abordagem desenvolvida no tópico anterior, é igualmente abusiva a medida praticada por autoridades fiscais no sentido de promoverem **interdições de estabelecimentos empresariais** por conta de débitos fiscais inadimplidos. Ainda que de fato haja a dívida, que o débito seja vencido, que a fazenda porte o pleno direito creditório, **o caminho correto para cobrar os valores a que faz jus é o do ajuizamento da execução fiscal**.

Assim como explicado em relação à conduta de **apreensão de mercadorias**, a medida extrajudicial de promover a **interdição de estabelecimentos** por força de dívidas fiscais pendentes também revela ação contrária a diversos comandos constitucionais, revelando agressão frontal a múltiplos preceitos insculpidos na Carta Mater. Aliás, frise, desde logo, que tal entendimento é assente na jurisprudência dos nossos Tribunais, sendo unívoca a voz no judiciário que repreende tais medidas. Não sendo diferente no **Supremo Tribunal Federal**, que sempre repreendeu tais ações fazendárias, desde o clássico e transgeracional precedente do ano de 1958, o **Recurso Extraordinário 39.933/AL**, relatado pelo saudoso **Ministro Ary Franco**. Tal julgamento inclusive foi decisivo para embasar a edição da **Súmula 70 – STF**, aprovada em 13.12.1963 e até hoje com plena força e permanente aplicação, a qual pedimos licença para transcrever:

Súmula 70. É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

A repreendida medida normalmente se direciona contra **pessoas jurídicas** e, em regra, **sociedades empresárias**, as quais normalmente atuam mediante a estruturação do **estabelecimento empresarial**, o qual se edifica como o conjunto de bens, materiais e imateriais, corpóreos e incorpóreos, destinados a viabilizar o exercício da atividade *empresa*, objeto desenvolvido organizada e habitualmente, com fim lucrativo, pelo seu agente, o empresário, que, no caso em citação, é a própria sociedade empresária.

Dessa feita, o alvo principal das abusivas medidas ora em estudo são exatamente essas referidas sociedades, as quais, atuando como agentes econômicos, geram, em razão de suas atividades, débitos fiscais federais e, a depender da especificidade de seu objeto social, dívidas fiscais estaduais ou municipais, ou, até mesmo, a depender do caso, dívidas tributárias devidas tanto aos estados como aos municípios. No que diz respeito aos tributos federais, normalmente são devedoras de Imposto de Renda Pessoa Jurídica e de Contribuições Especiais, normalmente contribuições de seguridade

social, como a COFINS incidente sobre o faturamento e a CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. Quando se trata de **estabelecimentos industriais**, normalmente são, também, devedoras do IPI aos cofres públicos federais e, nessa situação, devem também o ICMS ao Estado. Atuando como fornecedor de mercadorias, se submetem, como regra, ao ICMS, mas, quando tais agentes atuam fornecendo serviços, se submetem, via de regra, ao ISS municipal. Constate-se, portanto, que a medida de interdição de estabelecimento normalmente está atrelada a supostos débitos referentes a esses tributos. Não que necessariamente assim seja, mas normalmente o é.

O ente federativo, credor, em vez de ajuizar a ação executiva, tenta arrecadar tais valores mediante a odiosa conduta ora em recriminação, a qual se apresenta como covarde ferramenta de chantagem financeira, ou seja, impõe ao contribuinte a desfavorável situação em que ele tem que optar entre pagar a dívida de imediato ou não poder continuar a exercer sua atividade, o que se revela inadmissível dentro de um estado democrático que impõe limites ao poder de tributar, que assegura o caminho do Judiciário como via idônea para as cobranças de dívidas e que, como regra, não tolera o uso da **autotutela estatal para a cobrança de dívidas**.

A intenção do Estado ao promover tais condutas, como facilmente se percebe, é conseguir arrecadar os valores que julga lhe serem de direito escapando do confronto com o contribuinte dentro de eventual embate judicial que venha a ser travado no curso de processos que se instaurem com os ajuizamentos das ações de cobrança. Evidentemente que para aplicar tais medidas o Estado apresenta sua tese, com a qual tenta dar sustentabilidade ao que não se sustenta, se esforçando no intento de legitimar medida repudiável e sem qualquer viabilidade de harmonizações com os limites vigentes na atual ordem jurídica. Alegam, normalmente, e aqui em tom meramente abstrato, a "supremacia do interesse público", a "necessidade de preservar a execução do orçamento" e, ainda, a "preservação do Judiciário", poupando-o de ser abarrotado com ações de execução que poderiam ser evitadas, especialmente por se tratar de ações que só teriam um resultado cabível, qual fosse, a obrigatoriedade de o administrado executado adimplir o débito. É comum ler ou escutar pronunciamento do tipo "não faz sentido executar o contribuinte para arrecadar um valor que incontroversamente é devido, e, ao final da execução, chegar a uma arrecadação que se poderia fazer sem a necessidade de ajuizamento da ação e de que se suportassem todas as mazelas oriundas da mesma, a destacar os custos e a perda de tempo, os quais não são apenas da própria Administração mas também do Poder Judiciário".

Apesar do esforço argumentativo, tais argumentos não podem prevalecer, conforme se perceberá na linha de argumentação contraposta a seguir explanada. Por força dessa certeza é que podemos afirmar, com plena convicção, que, sempre que são aprovadas leis autorizando tais medidas, ditas leis são inconstitucionais. Desse modo, a título de exemplo, imaginemos que determinado Município editasse lei local impondo que os agentes fiscais municipais que eles deveriam promover a interdição de estabelecimentos que atuassem em certos segmentos de mercado caso não estivessem adimplindo eventual taxa municipal cobrada em razão do poder de polícia exercido pelo próprio município sobre os referidos estabelecimentos (ex.: Taxa de Inspeção Sanitária cobrada em darão da fiscalização exercida sobre Estabelecimentos inseridos no mercado de comercialização de gêneros alimentícios). E, cogitemos que determinada Sociedade Empresária, mesmo após ter sido fiscalizada

pelo Município no exercício do poder de polícia, não tenha quitado o débito da Taxa de Inspeção Sanitária, mesmo após seu regular lançamento. Suponhamos que, diante do quadro de inadimplemento e da autorização dada pela lei local, o Coordenador de Tributação Municipal viesse a ordenar a interdição do Estabelecimento determinando que este só pudesse voltar a funcionar caso o pagamento da referida taxa fosse regularmente feito. Ora, caro leitor, é incontroverso que a lei é inconstitucional e que o ato de interdição igualmente. A situação é **clássica para cabimento de Mandado de Segurança Repressivo com Pedido de Liminar**, pleiteando-se a invalidação imediata do ato, a desconstituição da medida administrativa, revertendo-se seus efeitos, autorizando-se de imediato o restabelecimento do livre funcionamento do estabelecimento.

Quanto aos preceitos constitucionais violados por medidas repressivas da natureza que estamos a analisar, diversos comandos podem ser elencados. De início, cabe destacar a colisão com as garantias atreladas ao direito de defesa, como **o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal**, sediados no art. 5.º, LV, da CRFB/1988. Interditar um estabelecimento. Quando a Fazenda abdica de ajuizar a ação de execução fiscal para promover a cobrança do débito e promove a medida repressiva de promover o fechamento do estabelecimento, retira do contribuinte a possibilidade de, ainda que em tese, questionar o teor da cobrança, questionar a validade da dívida, alegar defesas temporais como a decadência e a prescrição etc. Nesse prumo, somos dos que realmente acreditam que *ser executado é também um direito do suposto devedor*, pois quando ajuizada a ação e instaurado o processo é que se faculta o exercício do direito de defesa, sob a batuta e o comando de um Juiz natural, o qual, na forma da lei, conduzirá em devido processo legal o exercício da defesa assegurando que ela possa se dar na plenitude da amplitude legalmente tolerada, sem cerceamentos. Daí restar inquestionável que a postura do estado credor de abrir mão da ação de execução fiscal para tentar receber os valores que alega lhe serem de direito mediante a medida de coerção e chantagem de interditar o estabelecimento (para obrigar o contribuinte a pagar independente de discussão) se revela flagrantemente atentatória aos cânones constitucionais em comento.

Oportuno acrescer também, dentre o rol das garantias constitucionais violadas, os princípios da **livre-iniciativa**, fruto da **liberdade de exercício da atividade economia**, assegurada a todos no nosso ordenamento vigente, e, sem dúvidas, possivelmente os princípios da **isonomia e equilíbrio da concorrência** (esses últimos em razão do aspecto fático de que possivelmente a medida não se aplica sobre todos os estabelecimentos supostamente devedores; desse modo, a interdição de apenas um, ou alguns, e não de todos, gera um desequilíbrio na estabilidade de competitividade entre os agentes econômicos, já que uns podem pedir parcelamento do débito, outros podem se defender mediante defesas do executado em sede de execução fiscal, porquanto esses que sofrem a interdição dos seus estabelecimentos se colocam em situação de extrema urgência para que paguem de plano o valor cobrado e assim possam voltar a exercer sua atividade, havendo visível desvantagem, consagrando-se dispensa de tratamentos desiguais a contribuintes em situações supostamente equivalentes).

É válido também trazer à baila o ensinamento de que a opção por **interditar o estabelecimento** se revela comportamento irrazoável e desproporcional, provocando uma inversão de valores lógicos e de plena aceitabilidade na ordem jurídica, no sentido de que a via adequada para receber débitos não pagos é a via do Judiciário, a qual deve ser priorizada, motivo pelo qual se pode afirmar, com

veemência, que **a interdição de estabelecimentos sob o argumento de débitos fiscais inadimplidos fere os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da priorização do acesso ao Judiciário para a cobrança de dívidas**.

A media colide, ainda, com diversos outros valores, sobre os quais optamos por não nos aprofundarmos, sob pena de alongarmos em demasia o texto nesse tópico, especialmente por já termos a certeza de que o rol de argumentos aqui esposados já se revela cabal para evidenciar a patologia da conduta fazendária e demonstrar com clareza sua incompatibilidade com os limites da ordem jurídica. De todo modo, apenas para fins de mera citação, registro que ficam letalmente atingidos o **princípio da continuidade empresarial e da preservação da empresa**, os princípios da **função social da empresa e dos negócios jurídicos**, o princípio da **proteção aos consumidores**, o princípio da **preservação do mercado**, o princípio da **preservação dos meios e das condições de geração de emprego** etc.

12. MANDADO SE SEGURANÇA E IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS

É extremamente habitual o uso do Mandado de Segurança em sede tributária diante de posturas da fazenda promovendo lançamentos de tributos contras pessoas que gozam de imunidades tributárias. Em tais situações, deparamo-nos com atos da Administração Tributária que colidem com garantias constitucionais que blindam certas pessoas contra a possibilidade de incidência de certos tributos. Logo, cobrá-los significa violar direito líquido e certo dessas pessoas de não se sujeitarem à tributação.

Quando ocorrem os lançamentos fiscais exigindo o pagamento de um tributo que aquela pessoa que está recebendo a exigência realmente é imune, basta que ela tenha todas as condições de provar sua qualidade e o atendimento aos requisitos necessários para gozar da benesse constitucional para que então caiba a impetração do remédio constitucional em estudo, frisando, evidentemente, que o ajuizamento deve se dar dentro do prazo de 120 dias a que se refere o art. 25 da Lei 12.016/2009. Sendo desnecessária a dilação probatória e sendo tempestiva a atuação do advogado, o MS será cabível e, como já percebido, mais vantajoso do que a Ação Anulatória.

A título de exemplo, citemos o rol de **entidades privadas listadas no art. 150, VI, “b” e “c”, da Constituição**. Tais entidades (templos religiosos; partidos políticos; fundações partidárias; entidades de educação sem fim lucrativo; entidades de assistência social sem fim lucrativo) gozam de **imunidades de impostos** sobre seus patrimônios, sobre as rendas que auferem e sobre serviços que prestam, desde que os bens, rendas e serviços estejam **vinculados nas finalidades essenciais** da Instituição, conforme condiciona a norma do **§ 4.º** do mesmo art. 150 da CRFB/1988. Nesse viés, todas essas entidades se valem da proteção constitucional, provando que realmente exercem a atividade que fora protegida pelo constituinte (atividade religiosa, sindical, partidária, educacional ou assistencial), bem como que os bens (ou rendas ou serviços) realmente estão conectados na atividade-fim, podem usar a ferramenta mandamental, a qual se revelará adequada. Perceba-se,

portanto, que o que o advogado tributarista precisará fazer para que realmente caiba o uso do MS é reunir documentos que provem esses dois aspectos: o objeto exercido pela instituição e a vinculação dos bens, rendas ou serviços em torno desse objeto. Se puder provar tais aspectos na própria impetração, sendo realmente desnecessário produzir provas no curso do processo, tornar-se-á adequado o Mandado de Segurança.

Ilustrando a explicação acima, imaginemos que certo Município da Federação tenha autuado uma Entidade Educacional Privada que atua sem fins lucrativos (ex.: uma Instituição de Ensino Superior – IES que atue como "filantrópica") para recolhimento de ISS e IPTU em razão da exploração de atividade de administração de estacionamento em um de seus imóveis (ISS sobre os preços recebidos nas tarifas pagas pelos usuários do estacionamento) e da titularidade do bem (IPTU), exigindo que a referida instituição recolhesse o ISS sobre tudo o que arrecadou na exploração de tal atividade, bem como o IPTU em razão da titularidade do imóvel. Evidentemente que se esse estacionamento é destinado aos estudantes, empregados, professores, que frequentam e atuam na referida instituição, o bem está **vinculado na atividade educacional**, pelo que segue imune ao IPTU e ao ISS, assim como também o estaria em relação ao Imposto de Renda caso se comprovasse que as rendas se revertem para o custeio da própria atividade educacional. Nesses casos, muito comuns no dia a dia de diversos Municípios brasileiros, o fisco cobra o imposto alegando que o imóvel não é o bem onde ocorre a atividade educacional e que a prestação dos serviços de guarda e estacionamento dos veículos não se confunde com o próprio serviço educacional.

No caso exemplificado, normalmente a municipalidade alega haver desvio da atividade-fim (educação) que realmente atrai a proteção constitucional. Todavia, provando-se que essa atividade (oferecer um estacionamento e a guarda e proteção dos veículos dos alunos, funcionários e professores da Instituição) é nada mais do que um apêndice estruturado para viabilizar o exercício da atividade-fim, oferecendo aos seus destinatários uma estrutura extra que é, se não necessária, no mínimo oportuna, para que realmente se possa viabilizar a desenvoltura da atividade com melhor qualidade, não se deve excluir o gozo da imunidade tributária emanada do art. 150, VI, "c" e § 4.º, da CRFB/1988. O próprio **STF**, com robusta e conhecida jurisprudência, assegura que tais entidades privadas continuem a gozar da benesse constitucional em tais quadros fáticos. A guisa de exemplo, é sempre oportuno citar a **Súmula** 724, que, cuidando das situações em que tais entidades alugam seus imóveis para terceiros, para que estes (locatários) os explorem com a atividade de estacionamento e guarda de veículos, caso os aluguéis recebidos sejam revestidos na manutenção da atividade-fim, o imóvel continua imune ao IPTU e a arrecadação, ao Imposto de Renda.

Perceba-se, na linha do que vem sendo exposto aqui neste tópico, em relação ao exemplo narrado, que ao advogado da referida Instituição de Ensino Superior bastaria provar que o imóvel de sua titularidade e por ela mesmo explorado na atividade de guarda e estacionamento se destinava à própria atividade educacional por ela prestada como sua atividade principal. Provando, evidentemente, que atua no ramo educacional e sem fins lucrativos (para então provar, preliminarmente, que faz jus à imunidade deferida no art. 150, VI, "c" e § 4.º, da CRFB/1988), basta, portanto, provar que esse imóvel é destinado ao uso dos próprios destinatários da atividade principal (alunos e consumidores), bem como aos agentes que a executam (funcionários e professores). Assim

provando, fica protegida tanto contra a incidência do IPTU como quanto à do ISS sobre a arrecadação que eventualmente venha a auferir caso opte por tarifar tal uso (o que em nada afeta o acesso ao gozo da imunidade), afinal, não é obrigado a oferecer de modo totalmente gratuito o serviço de guarda e estacionamento, sendo-lhe lícito projetar uma tarifação que seja capaz de garantir, pelo menos, a manutenção da estrutura e o funcionamento da referida atividade (pagamento de funcionários, manobristas, conta de luz etc.).

Outro exemplo que merece breve digressão, ainda no tema, é o que traz à baila a figura de **pessoas jurídicas criadas legalmente pelo Poder Público**, **diferentes das autarquias e fundações públicas**, como no caso da criação de **Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista** que não se destinam a atuar na órbita da atividade econômica. Quando essas entidades **atuam prestando serviço público em regime tipicamente administrativo**, são equiparadas a autarquias para fins de gozo de diversos privilégios que se concedem no âmbito do regime autárquico. Noutras palavras, é dizer: não obstante Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista não sejam, em regra, entidades criadas para executar atividade típica da Administração Pública (geralmente, são criadas para atuar no regime da atividade econômica, nos termos do disposto no art. 173 da Constituição), em algumas situações acabam sendo criadas para tais fins e, quando assim o é, se equiparam a Autarquias em diversos aspectos de análise. Por assim ser, **o STF pacificou que, se os privilégios fiscais se estendem às Empresas Públicas "de natureza autárquica" (que prestam serviços de Estado) e às Sociedades de Economia Mista de mesmo perfil, do mesmo como se aplicam em favor das autarquias e fundações públicas**. Ora, nesse compasso, é de se reconhecer, por exemplo, que uma Empresa Pública federal que atue com esse perfil gozará de imunidade tributária de impostos sobre seu patrimônio, renda e serviços, gozando da benesse emanada da norma do art. 150, VI, "a" e § 2.º, da CRFB/1988, não se aplicando sobre elas a vedação de acesso às imunidades (vedação essa que se aplica apenas quando se trata de Empresas Públicas ou Sociedades de Economia Mista que **atuam prestando atividade econômica**) prevista no art. 150, § 3.º c/c art. 173, §§ 1.º, II, e 2.º, ambos da Constituição. E por gozarem da imunidade tributária, caso recebam cobranças de impostos feitas por quaisquer dos entes da Federação, poderão fazer uso do MS, desde que, por certo, observados os requisitos genéricos de admissibilidade da referida Ação.

Exemplos oportunos de serem lembrados aqui são aqueles que traduzem casos concretos, práticos, por diversas vezes já apreciados na vida real. Dentre eles, é de se destacar o caso da **Empresa Pública de Correios e Telégrafos – ECT** e o da **INFRAERO**, assim como o da **Casa da Moeda do Brasil – CMB** (todas empresas públicas que o STF considerou "de natureza autárquica", por prestarem, ainda que não exclusivamente, serviços públicos típicos da Administração Pública).

Quanto às instituições citadas, houve situação interessante em que o Município do Rio de Janeiro cobrou ISS da CMB, a qual conseguiu, no Judiciário, afastar a incidência do gravame municipal, conquistando no STF o reconhecimento de sua imunidade, já que presta atividade tipicamente estatal, pois explora atividade prevista no art. 21, VIII, da CRFB/1988 e regulada pela Lei 5.895/1973. O Pretório Excelso, no julgamento do **RE 610.517/RJ**, afastou o ISS e afirmou a aplicação da imunidade tributária. Do mesmo modo ocorreu quando o Município de Salvador cobrou o ISS sobre as atividades exercidas pela INFRAERO, e o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **RE**

363.412/AgR, assumiu o mesmo entendimento, estendendo o gozo da imunidade tributária. Da mesma forma ocorreu quanto aos Correios (ECT), em que o STF deferiu a imunidade tributária **(ACO 765/RJ)** e, indo além, afirmou que **a imunidade alcançaria não só os bens, rendas e serviços ligados à atividade de postagem, mas, TAMBÉM, as demais atividades prestadas pelos Correios, deferindo a imunidade para a totalidade do patrimônio e sobre todas as atividades desempenhadas pela ECT**, o que se deu no ano de 2013 no julgamento do polêmico **RE 601.392/PR**, assim como também, merecendo citação, os importantes julgamentos da **ACO 789/PI** e da **ACO 819 AgR-ED/SE**.

Quanto aos Correios, é importante deixar claro que foi no julgamento do seu *leading case* que o STF terminou por assumir uma mudança de entendimento, determinando que a imunidade alcance **todo o patrimônio da entidade**, não sendo mais relevante analisar se o patrimônio que estava sendo tributado seria afetado para a atividade postal (que é a atividade tipicamente estatal). Desse modo, a título de exemplo, quando o Estado do Rio de Janeiro cobrou o IPVA sobre os veículos dos Correios, a ECT conseguiu afastar essa incidência tributária simplesmente provando serem os veículos de sua titularidade. O STF entendeu ser desnecessário apreciar a vinculação dos bens à atividade-fim, firmando o entendimento de que essa exigência prevista no § 4.º do art. 150 da CRFB/1988 somente se aplica às entidades privadas referidas nas alíneas "b" e "c" do inciso VI do referido art. 150, e não às Empresas Públicas de natureza autárquica, protegidas pela imunidade recíproca da alínea "a" do referido inciso VI.

Em face do exposto, é correto reconhecer que, se certo Estado da federação cobra IPVA sobre os veículos dos Correios, o advogado tributarista que defende a Instituição pode impetrar, em nome dela, **Mandado de Segurança**, com **pedido liminar** inclusive, para pedir o imediato afastamento do ato de cobrança, pedindo a invalidação do lançamento e a extinção do crédito tributário indevidamente constituído, bem como o reconhecimento de que uma Empresa Pública prestadora de serviços típicos de Estado não pode ser considerada sujeito passivo em relação obrigacional tributária decorrente da incidência de imposto sobre seu patrimônio (no caso do exemplo, o IPVA), e, ainda, a declaração do direito de gozo da imunidade tributária, o qual é cabível mesmo havendo cobranças de tarifas dos usuários finais dos serviços oferecidos (tal dado em nada interfere na aplicação do benefício fiscal a tais entidades). Na petição, deve fundamentar o pedido citando o art. 150, VI, "a" e § 2.º, da CRFB/1988 e afirmar que não se aplicam as vedações de gozo da imunidade previstas no art. 150, § 3.º c/c art. 173, §§ 1.º, II, e 2.º, todos da CRFB/1988. Deve pedir a liminar nos termos do art. 7.º, III, da Lei do MS (Lei 12.016/2009), fazendo expressa menção ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora*, afirmando que tal provimento tem por finalidade promover a suspensão da exigibilidade do crédito tributário até o julgamento final de mérito. Deve, ainda, evidentemente, cumprir todos os demais requisitos obrigatórios que se exigem quando da redação da petição inicial (identificar a autoridade coatora e informar o vínculo dela com a Administração, nos termos do art. 6.º da Lei 12.016/2009; pedir a notificação da autoridade coatora e pedir que se dê ciência ao órgão de representação judicial do ente federativo, nos termos do art. 7.º, I e II, da Lei 12.016/2009; pedir a intimação do Ministério Público, nos termos do art. 12 e, claro, pedir a condenação da impetrada ao pagamento das custas processuais – já que a vedação é apenas quanto

aos honorários advocatícios sucumbenciais, os quais, por certo, não se pedem em sede de MS).

Por fim, acresça-se, ainda em relação ao comentado precedente da ECT, que em tais casos existe interessante particularidade a ser prestigiada. Não obstante o IPVA seja um tributo estadual, e a autoridade coatora por certo integre a estrutura da Administração Tributária desse Estado, **o mandado de segurança, nessa hipótese dos Correios, deve ser ajuizado na justiça federal**. É que a regra para a fixação da competência da justiça federal para fins de apreciação de Mandado de Segurança é fixada no **art. 109, VIII, da CRFB/1988**, pelo que se determina que cabe a juiz federal processar e julgar os feitos em que **a autoridade coatora for autoridade federal**; e, nos termos do disposto no **art. 2.º da Lei 12.016/2009**, a autoridade coatora no caso concreto **deve ser considerada "autoridade coatora federal por equiparação legal"**. É que todas as vezes que o ato produz efeitos patrimoniais que atingem os interesses da União ou de entidade por ela controlada, a autoridade coatora é considerada como se fosse "federal", mesmo que seja, na essência, estadual, distrital ou municipal; daí que, nos termos da norma fincada no art. 2.º da Lei do MS, a autoridade coatora no caso concreto, mesmo sendo vinculada à Administração Tributária Estadual, será considerada federal, e, seguindo-se o mandamento do art. 109, VIII, da CRFB/1988, a competência para a apreciação do MS realmente será da justiça federal.

13. MANDADO E SEGURANÇA E PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS

Situação muito comum na prática a desafiar o uso de MS em sede tributária é aquela em que o contribuinte é atingido por tributações que violam **princípios constitucionais tributários** (*legalidade tributária, anterioridade, irretroatividade, vedação de progressividade de alíquotas etc.*). Tais direitos são de facílima comprovação, e, em muitas das vezes, sequer precisam de comprovação por se traduzirem em fatos públicos e notórios, bastando o simples relato de sua ocorrência na petição, sendo absolutamente desnecessária qualquer dilação probatória.

Exemplo corriqueiro ocorre quando o Poder Executivo promove majorações de alíquotas ou da base de cálculo de tributos mediante expedição de meros decretos, instruções normativas, portarias etc., violando-se a regra da ***reserva legal***, ínsita ao ***princípio da legalidade tributária***, estampada no art. 97 do CTN c/c art. 150, I, da CRFB/1988. A título de exemplo, imaginemos que o Ministro da Fazenda tenha promovido alterações na base de cálculo do Imposto de Renda incidente sobre pessoas jurídicas, assim como majorado as alíquotas da COFINS e CSLL, sem que houvesse qualquer previsão legal legitimando tal medida. Evidentemente que diante de tal quadro todos os contribuintes atingidos pela nova ordem de oneração fiscal poderiam pleitear socorro no Judiciário, fazendo uso do *remédio heroico*, o qual, nesse específico caso, deveria ser **impetrado diretamente no Superior Tribunal de Justiça – STJ**, por se tratar de ato coator de **responsabilidade do Ministro da Fazenda** (nos termos do art. 105, II, "c", da CRFB/1988, é de competência originária do STJ apreciar Mandado de Segurança e *Habeas Data* impetrados em face de ato coator de Ministros de Estado).

Outro exemplo comum de violação à mencionada regra da *reserva legal* é aquele em que Prefeitos de Município promovem, mediante expedição de ***decretos executivos***, ***majorações na base de cálculo do IPTU***, alegando estarem promovendo meras "atualizações monetárias da base de cálculo". É que, em tais situações, as referidas autoridades terminam por utilizar índices de atualização que não são os índices oficiais aplicáveis ao mercado imobiliário, valendo-se de índices que acusam percentuais de atualização mais elevados que o percentual determinado pelo índice oficial aplicável sobre imóveis. Em tais hipóteses, resta claro que a municipalidade não está "apenas atualizando a base de cálculo", mas sim promovendo verdadeira majoração, a qual fica camuflada sob o falso rótulo de "mera atualização". É claro que os Municípios podem, mediante simples decreto executivo, promover a **mera atualização monetária da base de cálculo** (afinal, a mera atualização não se confunde com uma majoração – **art. 97, §§ 1.º e 2.º, do CTN c/c Súmula 160 do STJ**), o que, todavia, deve ser feito **mediante aplicação do índice legal oficialmente designado ao mercado imobiliário**. Sempre que isso ocorre, podem os proprietários de imóveis, sujeitos passivos na relação jurídica decorrente da incidência do IPTU, impugnar o lançamento e alegar a ilegalidade do ato promovido pelo chefe do Executivo. A depender do que seja disposto na Constituição Estadual, pode ser que o MS tenha que ser impetrado diretamente no Tribunal de Justiça, caso haja na carta estadual regra de deslocamento da competência originária para o TJ, em razão da nobreza do perfil da citada autoridade coatora (prefeito municipal); friso, todavia, que a análise deve ser feita caso a caso, em cada Constituição Estadual.

O mesmo se daria quando ocorre aplicação de tributação nova, recém-criada, no mesmo ano ou antes de 90 dias a contar da publicação da lei que promove a criação ou majoração do tributo, violando-se o **princípio da anterioridade** previsto no art. 150, III, "b" e "c". A questão é simples e, em curta fundamentação na petição inicial, se consegue em juízo, mediante impetração do MS, afastar o ato de cobrança e a aplicação imediata da lei, demonstrando-se a violação ao comando constitucional em comento. O mesmo se dá quanto aos demais princípios tributários que possam restar violados.

14. MANDADO DE SEGURANÇA, BASE DE CÁLCULO E ALÍQUOTAS DE TRIBUTOS

14.1. Noções gerais

Não obstante as situações em que o fisco impõe a tributação sobre condutas que não configuram fatos geradores de relações tributárias sejam as mais comuns para desafiar o uso do MS por parte dos contribuintes, tem sido também muito comum que as cobranças indevidas ocorram em razão de erros na fixação do elemento quantitativo da incidência do tributo, seja a base de cálculo, seja a alíquota. Noutras palavras, é dizer, a fazenda tem abusado na prática de cobrança de tributos com uso de alíquotas indevidas ou com fixação de bases de cálculos equivocadas, o que provoca um excesso de tributação, gerando contra o contribuinte uma oneração indevida.

A maioria das situações em que tais vícios se edificam é fruto dos erros cometidos pelo próprio legislador, que, ao regulamentar a estrutura do tributo, termina por colidir com limites que restringem a margem de liberdade para tal normatização, especialmente no que diz respeito à fixação da base de cálculo e à alíquota, primordialmente na primeira, a base, onde têm sido mais frequentes os vícios.

Em relação aos erros na imputação da base de cálculo, o problema, normalmente, reside nas violações às normas gerais fixadas em lei complementar, já que a Carta Magna assegura que a elas cabe definir o perfil dos impostos, e, nesse desiderato, definir os contornos da base de cálculo. Às vezes, todavia, a violação se dá diretamente contra a Constituição, que, em algumas situações, também traz regras que norteiam o perfil da base de cálculo a ser utilizada.

Já quando a patologia reside no uso de alíquotas indevidas, é mais comum que se tenha violação direta à Constituição, visto que a *Lex Mater* apresenta denso regime normativo que disciplina o uso das alíquotas.

Sempre que tais equívocos se materializam, impulsionando lançamentos com valores excessivos, pode o contribuinte se valer do uso do Mandado de Segurança, desde que, evidentemente, não dependa de dilação probatória para comprovar a evidência do vício e que haja tempestivamente. Quanto à prova pré-constituída, na prática, não há maiores dificuldades, já que a matéria a ser alegada é meramente de direito e não de fato, o que não desafia grandes entraves.

14.2. Lançamentos em erros na fixação das alíquotas

Alguns bons exemplos de lançamentos com uso inadequado de alíquotas podem ser aqui citados, e, todos eles, chamando à luz o remédio heroico, impetrado para pleitear a invalidação dos referidos atos de cobrança. É o que ocorre, por exemplo, quando, a título de tributação municipal, as municipalidades cobram o ITBI com alíquotas progressivas, desrespeitando entendimento ainda prestigiado no STF no sentido de ser inconstitucional tal prática, vide orientação firmada na Súmula 656 do Supremo Tribunal. Outro exemplo se dá quando os mesmos entes aplicam alíquotas progressivas sancionatórias no IPTU sob a alegação de desrespeito ao dever de dar função social à propriedade, sem obedecerem aos limites que regulam o direito de aplicar tal progressividade, limites esses fixados tanto no art. 182 da Constituição como no art. 7.º do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001). Mais um exemplo é aquele em que se aplica a progressividade sanção no ITR lançado contra proprietários de imóveis rurais produtivos; mesmo que haja visível desrespeito à função social da propriedade, **quando o imóvel é produtivo, o ITR não pode ser aplicado com alíquotas progressivas**, as quais somente são possíveis quando se trata de propriedades improdutivas (nesses casos, basta o advogado provar que se trata de propriedade produtiva para que caiba a impetração do MS; para tanto, apresentará a certificação que o INCRA é obrigado a fornecer aos proprietários que possuem imóveis produtivos, que são aqueles que atendem às exigências do art. 6.º c/c art. 9.º, I e § 1.º, da Lei de Reforma Agrária – Lei 8.629/1993, a qual regula o art. 186 da Constituição), vide o próprio texto do art. 153, § 4.º, I, da CRFB/1988, que especifica com clareza que a progressividade do ITR é medida adequada para sancionar o vício da improdutividade nos imóveis rurais e não todo e qualquer comportamento com o qual se possa estar violando o dever de dar função social ao bem.

Mais algumas hipóteses podem ser narradas para demonstrar vícios nas cobranças em razão do desrespeito aos parâmetros constitucionais que limitam o uso das alíquotas. O IPVA, por exemplo, pode ter alíquotas diferenciadas em razão do que se venha a definir por “tipo e utilização do veículo”, conforme assegura o art. 155, § 6.º, II, da CRFB/1988; todavia, o STF entendeu que tal liberdade não permite diferenciar as alíquotas pelo critério de ser o veículo um bem de origem nacional ou importada, e declarou a inconstitucionalidade de algumas leis estaduais que assim fixavam suas alíquotas; reconheceu que estipular alíquotas mais elevadas pelo simples fato de ser o veículo de procedência estrangeira seria algo discriminatório e que colidiria com o princípio da “não discriminação pela procedência os destino” previsto no art. 152 da CRFB/1988. Dessa feita, os proprietários de veículo impostados podem, diante de leis estaduais que fixam alíquotas mais elevadas pelo simples aspecto de ter o bem a origem estrangeira, ajuizar, com base no entendimento supramencionado firmado na Corte Excelsa, o Mandado de Segurança em face de tais lançamentos.

Em relação ao ISS e ao ITCDM, existem alíquotas máximas que vinculam o legislador municipal (ISS) e o estadual, não podendo quaisquer deles extrapolar tais tetos. Quando a violação ocorre, mediante cobranças de alíquotas superiores ao teto fixado, é flagrante o cabimento do Mandado de Segurança. Nesse prumo, é oportuno rememorar que a Constituição determina que o Senado fixe alíquotas máximas para o ITCMD (art. 155, § 1.º, IV), o que fora feito no ano de 1992 mediante a expedição da Resolução do Senado Federal – RSF 09/92, a qual fixou as alíquotas máximas em 8%; de tal modo, caso a lei estadual determine tributação em percentual superior ao ora referido, haverá visível desrespeito à Constituição, cabendo a impetração do MS para afastar o ato de cobrança feito em excesso. Igualmente com o ISS, em que a Carta determina que lei complementar fixe as alíquotas mínimas e máximas (art. 156, § 3.º, I), sendo certo que a LC 116/2003, no seu art. 8.º, determinou que as alíquotas máximas são de 5%, de sorte que, caso ocorra uma cobrança de ISS com intensidade superior à fixada na aludida lei, haverá, novamente, uma inconstitucionalidade, desafiando o uso do remédio heroico.

Em relação ao ICMS, caso importante que merece pelo menos uma dileta citação foi aquele em que diversos Estados da federação adotaram a política de tributarem as **Empreiteiras e Construtoras** com **cobrança de ICMS** quando tais **pessoas jurídicas compravam materiais de construção com fornecedores de outros Estados** e traziam os bens para utilizarem como **insumos nas obras** que estavam executando nos seus próprios estados (operação interestadual de fornecimento de mercadoria), e, em tais casos, o Estado em que estava sediada a Empreiteira/Construtora adquirente dos bens cobrava o chamado **“DIFAL”** (diferencial de alíquota cobrado pelo Estado em que é domiciliado o comprador da mercadoria na operação interestadual quando ele é um contribuinte habitual do ICMS), exigindo que esse adquirente pagasse esse diferencial de alíquota quando da entrada dos insumos no seu território estadual. Com prova pré-constituída de que tais mercadorias não eram compradas para comercialização e nem para uso próprio, demonstrando-se que apenas estavam intermediando a compra dos bens como insumos a serem utilizados para fazer a obra em favor do consumidor do serviço de construção, as Construtoras/Empreiteiras passaram a impetrar Mandados de Segurança no Judiciário pedindo a afastabilidade de tal cobrança, alegando que, na verdade, a aquisição das mercadorias era feita pelo

consumidor final, não contribuinte habitual do imposto, que era o próprio dono da obra (consumidor do serviço de construção por eles prestado), e que eles, os "adquirentes" dos insumos na operação tributada, eram meramente intermediadores dessa compra. A tese vingou e o STJ aceitou que não se poderia cobrar o referido **DIFAL**, invalidando as cobranças feitas pelos Estados onde se situavam os Empreiteiros/Construtores adquirentes das mercadorias na operação interestadual. Tal posicionamento se estabilizou, consolidando jurisprudência, dando ensejo à edição da **Súmula 432 do STJ**.

Caso similar de cobrança indevida de **DIFAL** e que teve grande repercussão na mídia e na advocacia tributária foi o que ocorreu em razão da **arbitrária e inconstitucional** medida adotada por 18 Estados da federação que decidiram que **cobrariam o DIFAL quando da entrada de bens adquiridos por consumidores finais em compras feitas pela internet**, no *case* que ficou famoso como a **"polêmica do ICMS no e-commerce"**. Como o volume de compras pela internet diretamente dos fabricantes cresceu (e não parará de crescer) desproporcionalmente no Brasil, os consumidores têm deixado, cada vez mais, de realizar suas compras em estabelecimentos locais das suas cidades (quando então a venda seria feita como "operação interna" e o ICMS seria recolhido integralmente em favor desse Estado em que a operação se realiza) e estão aderindo ao novo costume de comprar pelos sites diretamente dos fabricantes ou distribuidores (mais cômodo e muitas vezes menos oneroso), de modo que a mercadoria se adquire, na maioria desses casos, por meio de uma operação interestadual (que não é destinada a contribuinte habitual do imposto, pelo que o ICMS fica retido totalmente em favor do Estado onde fica sediado o fabricante vendedor), deixando de ocorrer a operação interna dentro do Estado onde mora esse consumidor. Como a imensa maioria das fábricas se concentra em alguns poucos Estados da federação, passou a ocorrer uma perda de ICMS por parte da maioria dos Estados (que perdem operações internas) e uma maior concentração do imposto em favor dos estados produtores e de grande força fabril. Diante do quadro, 18 Estados celebraram um documento **(Protocolo 21 do CONFAZ)** e determinaram que **sempre que em seus estados estivessem entrando mercadorias oriundas de outros estados em razão de vendas pela internet a consumidores finais, eles cobrariam o DIFAL, como se a venda fosse celebrada entre contribuintes habituais** (o que, em quase todos os casos, não o era). Evidentemente que a nova tendência, não percebida pelo constituinte quando da elaboração das regras atuais de tributação das operações interestaduais, tem gerado forte desequilíbrio na Federação, aumentando fortemente a margem arrecadatória de alguns Estados (justamente os mais fortes) ao alvedrio da flagrante perda por muitos outros. Visível que se faz necessária uma reforma constitucional em caráter de urgência, para que então se possa, **mediante alteração formal da Constituição**, redefinir critérios de tributação que se harmonizem não só com as novas tendências, mas com o compromisso de manutenção do equilíbrio federativo. Apesar disso, tal necessidade não legitima os Estados a fazerem o que fizeram, adotando um documento de caráter **infralegal** (nem sequer um "convênio" é) e violando os critérios que estão fincados na Constituição. A medida é flagrantemente inconstitucional. Na prática, em razão do aludido Protocolo, os Estados que o ratificaram passaram a determinar que **os fornecedores deveriam recolher o imposto a seu favor**, de modo que, caso não se apresentasse a guia do recolhimento do imposto quando da entrada dos bens em seus territórios, se determinaria a

apreensão destes (num outro erro imperdoável, revelando medida completamente desproporcional e incabível, como já comentado em tópicos anteriores). Diante do quadro de profunda tensão que foi instaurado, **os fornecedores passaram a impetrar Mandados de Segurança Preventivos com pedido de liminar** para que conseguissem fazer com que seus bens chegassem incólumes ao destino final, pleiteando-se tutela jurisdicional focada em duas finalidades, quais fossem: de um lado, assegurar a não incidência do imposto cobrado a título de DIFAL em favor do estado destinatário da operação; de outro, a ordem de vedação de apreensão de mercadorias nas fronteiras interestaduais, quaisquer que fossem os argumentos. Obtiveram êxito em massa no Judiciário e o próprio STF já sinalizou a inviabilidade da medida adotada pelos estados que a implementaram.

14.3. Lançamentos em erro na imputação da base de cálculo

Um primeiro exemplo muito habitual para que se flagrem erros no lançamento de débitos fiscais por conta de uso indevido da Base de Cálculo ocorre quando estados ou municípios (ou o Distrito Federal) adotam, em suas leis locais, critérios para a fixação da base de cálculo dos impostos que colidem com os limites estabelecidos nas leis complementares nacionais de normas gerais, violando os parâmetros nelas fixados. Um grande exemplo, no âmbito do ICMS, que ensejou diversas contendas no Judiciário em inúmeros Estados da federação se deu quando as fazendas estaduais adotavam o uso da chamada **"pauta fiscal"** como base de cálculo do ICMS, a mando da lei ordinária local do ICMS, imputando aos sujeitos passivos que recolhessem o ICMS sobre o valor presumido pela referida "pauta de preços", desconsiderando o valor real da operação celebrada. Por tal medida, as referidas leis locais respeitavam a regra geral e primeira de definição da base de cálculo do ICMS fixada no art. 13, I, da LC 87/1996, a qual afirma que o imposto incide sobre o **valor da operação** de circulação de mercadoria celebrada. Sempre que os contribuintes celebravam operações de valor inferior ao presumido na pauta elaborada pela fazenda estadual (a mando da lei local), surgia o problema, pois o fisco autuava para recolhimento do imposto sobre o diferencial entre o valor real da operação e o valor estipulado no documento elaborado pela Administração Tributária. Inúmeras foram as situações em que, diante de tais situações, os contribuintes impetraram **mandados de segurança** no Judiciário, abarrotando as varas de fazenda pública, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade da lei local (por colidir com a regra do art. 13, I, da LC 87/1996) e a invalidação do lançamento. E, em tais casos, evidentemente que os contribuintes obtiveram êxito, restando consagrada jurisprudência nesse sentido no STJ, vide a edição da benquista **Súmula 431**, a qual afirma não ser cabível o uso do regime de tributação com base na "pauta fiscal", regime esse que somente se admite nos casos de tributação mediante técnica de "substituição tributária progressiva" (também chamada de substituição tributária "para frente"), o que se dá a título extremamente excepcional e é harmonioso com as regras do art. 8.º da LC 87/1996, o qual disciplina com normas especiais a base de cálculo nas tributações que se fazem mediante regras de substituição tributária.

Ainda no âmbito do ICMS, as leis estaduais em diversas outras situações estipulavam regras na fixação da base de cálculo que colidiam com o art. 13 da LC 87/1996, especialmente no que diz

respeito aos mandamentos previstos em seus parágrafos. O mais forte exemplo que pode ser narrado, traduzindo vício que fora cometido por diversas unidades da federação quando da elaboração de seus diplomas legais locais, diz respeito à **inclusão do valor dos descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS**, determinando que os contribuintes recolhessem o ICMS sobre o valor de tais descontos, apesar de a LC 87/1996 somente autorizar a incidência do ICMS sobre descontos dados **sob condição** (os chamados **descontos condicionais**). Sempre que o fisco autuava os contribuintes para recolhimento do imposto sobre o valor dos descontos fornecidos incondicionalmente (caso comum era o da distribuição de brindes e políticas de bonificação), era imediata a resposta da advocacia tributarista plantando os mandados de segurança no Judiciário em enxurrada. E, evidentemente, o ganho de causa para os contribuintes era inarredável, vide o mesmo fundamento ante exposto na questão supraexemplificada, qual fosse, a violação às normas gerais padronizadoras da base de cálculo oriundas das leis complementares nacionais. Nesse caso específico das tributações sobre bonificações (descontos incondicionais), o Superior Tribunal de Justiça elaborou a **Súmula 457** para afirmar sua consolidada jurisprudência negatória da pretensão da fazenda.

A violação às normas de Base de Cálculo também pode se dar por agressão direta à Constituição, e não necessariamente tem que ser em relação a um determinado **imposto**, podendo ser perante qualquer espécie tributária, bastando que realmente fique visível que houve violação ao parâmetro constitucionalmente traçado por parte do legislador local. Dessa forma, dois exemplos merecem destaque, conforme segue demonstrado nas linhas a seguir.

Num primeiro exemplo, imagine-se que certa lei, ao instituir uma Taxa (de polícia ou de serviço), tenha determinado como base de cálculo uma que seja própria de imposto; ora, em tal situação, fatal a percepção que se estará diante de colisão frontal com a norma do art. 145, § 2.º, do Diploma Magno, o qual, de modo preciso, apregoa ser vedado calcular o valor a ser exigido a título de taxas dos sujeitos passivos tomando-se por referência critérios que sejam próprios para direcionar o cálculo de impostos (base de cálculo própria de imposto). Noutras palavras, não se pode utilizar como parâmetro, como referência, como **base** para calcular o valor a ser taxado de cada contribuinte um critério que seja peculiar para conduzir o processo de cobrança de impostos. Como sabido, a adoção do **valor de riquezas** é o mais essencial critério utilizado como base de cálculo dos impostos (valor da renda; valor venal do imóvel; valor da herança; etc.), de sorte que se determinada lei, ao instituir uma taxa, estatui que a base para calcular o valor a ser cobrado de cada sujeito passivo seja o valor de determinado bem, de determinada riqueza, ou operação mercantil, parece visível que se deparará com violação à regra do mencionado art. 145, § 2.º, da CRFB/1988. E se assim for, viável a **impetração de mandado de segurança com pedido liminar** para afastar o ato de cobrança, libertando o sujeito passivo da exação fiscal imputada, conquistando-se a declaração de inconstitucionalidade da lei.

O segundo exemplo de violação direta à Constituição, e não necessariamente abordando um imposto, é o que pode ocorrer na seara das chamadas **Contribuições Especiais** (tributos de competência federal – art. 149 da CRFB/1988) e, em especial, em relação a uma **Contribuição Social** ou uma **Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE**, principalmente quando instituídas pela União e tendo a lei instituidora fixado alíquotas ***ad valorem*** (alíquotas em

percentual). É que quando se criam Contribuições para o custeio de atividades que qualificam intervenções do governo federal no domínio econômico (CIDE's) ou Contribuições para o custeio das despesas do chamado "Estado Social" (Contribuições Sociais) e a lei instituidora opta por adotar alíquotas em percentuais, existe limite imposto no art. 149, § 2.º, III, "a", da Constituição quanto à determinação da base de cálculo das referidas Contribuições, de sorte que o legislador instituidor das referidas Contribuições (a lei federal pode ser mera lei ordinária, já que não é necessária lei complementar para a instituição das Contribuições Especiais previstas na Carta, ressalva apenas para as Contribuições **residuais** destinadas ao custeio da seguridade social que dependem de lei complementar para que sejam instituídas) não pode fixar qualquer tipo de base de cálculo, mas apenas as que foram expressamente especificadas no referido dispositivo constitucional. Dessa feita, observe-se no aludido comando positivo que o legislador ordinário só pode determinar que a CIDE ou Contribuição Social instituída venha a incidir sobre a **receita bruta**, o **faturamento** ou o **valor de operações** celebradas pelo sujeito passivo (e, no caso de Contribuições que eventualmente sejam instituídas para incidir sobre importações, a base pode ser o **valor aduaneiro**), pelo que é vedado pela Constituição o uso de qualquer outra base, como, a título de exemplo, a valoração de certo bem integrante do patrimônio desses sujeitos passivos, ou o valor de aplicações, etc. Nesse viés, a título ilustrativo, cogite-se que a União venha a instituir uma CIDE para implementar investimentos no setor produtivo rural do país, incentivando esse setor da atividade econômica, melhorando a estrutura em certa área fundiária da nossa ampla plataforma rurígena (implementação de estradas, vias de escoamento de produção, redes de distribuição e armazenamento de bens, projetos de eletrificação rural, etc.), e a lei federal ordinária criadora da CIDE determine a incidência do tributo com alíquotas fixadas em percentuais, mas **adotando como base de cálculo o valor venal de imóveis rurais** dos empresários rurais que sejam definidos pela própria lei como sujeitos passivos. Ora, restará clara a violação ao comando constitucional insculpido no citado art. 149, § 2.º, III, "a", já que **se terá fixado base de cálculo diferente da receita bruta, faturamento ou operações celebradas pelos sujeitos passivos**. Antes mesmo da aplicação dos lançamentos, já seria cabível o **mandado de segurança preventivo**, e após as mesmas, o **repressivo**, com pedido liminar para afastar a tributação e declarar a insuperável inconstitucionalidade da lei, em face da violação ao parâmetro de controle de constitucionalidade ora declinado (art. 149, § 2.º, III, "a", da CRFB/1988).

15. RECURSOS EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA

15.1. Considerações iniciais

Para uma análise adequada dos recursos cabíveis em sede de Mandado de Segurança é essencial que se analise, de plano, se a impetração se dá originariamente na primeira instância (perante Juízes singulares) ou se o ajuizamento há de ser feito nos Tribunais (TJ, TRF, STJ ou STF). Como sabido, a depender de quem seja a autoridade coatora, ocorrerá deslocamento de competência originária da

primeira instância para as instâncias de cima, o que implica, evidentemente, uma modificação da identificação dos recursos eventualmente cabíveis. É que, rememore-se, festejando entendimento basilar a respeito dos recursos em espécie, há Recursos que somente se interpõem na primeira instância, como é o caso dos recursos de Apelação. Existem, todavia, recursos que, salvo raríssimas exceções, somente se interpõem diante de decisões na segunda ou terceira instância, como é o caso do Recurso Ordinário Constitucional. Em sede de MS, o ROC só se interpõe em face de acórdão, porquanto a Apelação jamais será interponível em face de tais provimentos jurisdicionais colegiados, somente infirmando *decisum* de caráter monocrático, qual seja, a sentença.

É, portanto, necessário respeitar a diferenciação fática cogitada. Nesse sentido é que buscaremos, nos tópicos a seguir, tecer algumas considerações de relevo sobre o tema dos recursos em mandado de segurança.

15.2. Recursos em sede de mandados de segurança impetrados na primeira instância. Das decisões interlocutórias e das sentenças

15.2.1. Noções iniciais fundamentais

Como sabido, é regra geral no sistema recursal brasileiro que, das decisões monocráticas prolatadas pelos Juízes da instância de jurisdição singular, três recursos em regra se revelam idôneos para questioná-las, pedindo a **reforma** (nos casos de *error in judicando*) ou a **anulação** (nos casos de *error in procedendo*). Das **decisões interlocutórias** cabe **recurso de agravo** (CPC, art. 496, II c/c arts. 522 a 529), porquanto se o ato judicial decisório a ser atacado for uma **sentença, caberá apelação** (art. 496, I c/c arts. 513 a 521 do CPC e arts. 10 e 14 da Lei 12.016/2009). E, em ambos os casos, é sempre cabível o manejo do recurso de **Embargos de Declaração** quando a decisão (interlocutória ou sentenciada) restar infirmada pelos vícios da obscuridade, contradição ou omissão (CPC, art. 496, IV c/c arts. 535 a 538).

15.2.2. Dos agravos na primeira instância

Os casos mais comuns para interposição do Agravo em face das decisões interlocutórias de primeira instância são aqueles referentes ao **julgamento do pedido de deferimento da medida liminar**. Seja lá qual for a decisão, de concedê-la ou não, **sempre caberá o agravo**, o qual, no caso, por expressa previsão do **art. 7.º, § 1.º, será Agravo por Instrumento**, afastada qualquer discussão quanto ao uso do procedimento do Agravo de forma *retida*. Em tais casos, caso deferida a liminar, caberá à Procuradoria agravar diretamente para o Tribunal (TJ ou TRF), endereçando a peça recursal diretamente para a segunda instância. Sendo o caso de ser **denegada a liminar, o impetrante poderá interpor o Agravo por Instrumento diretamente para a segunda instância**, observando as regas dos arts. 522, 524 e seguintes do CPC. Em ambas as hipóteses, **o agravante deverá requerer o efeito suspensivo**, nos termos do disposto no art. 527, III c/c art. 558, ambos do CPC, já que em tal modalidade recursal não há o efeito suspensivo automático emanado da lei (efeito suspensivo “ope legis”), vide o disposto no art. 497 do CPC. **Ao agravado, em ambos os casos,**

assistirá o direito de apresentar as contrarrazões recursais, defendendo a manutenção da decisão que lhe favorece, "contestando" as alegações do recorrente. Apesar de não simpatizarmos com a nomenclatura, ainda é muito comum que nos deparemos com o uso da expressão **"contraminuta de agravo"** para fazer alusão à peça de **defesa do recorrido**.

Oportuno registrar que a afastabilidade do uso do procedimento do Agravo Retido se deu **apenas quanto às decisões que deferem ou denegam liminares**. Logo, nada obsta que, para outras eventuais decisões de caráter interlocutório que venham a ser infirmadas pela insurgência agravante, se faça uso do **Agravo Retido**, nos termos do disposto no art. 523 do CPC. Observe-se que em momento algum o art. 7.º, § 1.º, da Lei 12.016/2009 afasta o Agravo Retido de todo o procedimento no qual se guia o processo referente ao Mandado de Segurança; não. O aludido dispositivo apenas afirma que, **quando se tratar de decisão interlocutória em que se julgou o pedido de deferimento da liminar**, o Agravo será por Instrumento. Logo, pelo menos em tese, é correto afirmar ser cabível e possível o uso do Agravo Retido em sede de Mandados de Seguranças tramitáveis na primeira instância, devendo ser analisado o caso concreto sob a batuta das regras estampadas no art. 522 do CPC.

Em todos os casos, em se tratando de Agravos na primeira instância, **o prazo será sempre de dez dias**, vide regra geral prevista no art. 522 do *Codex Processual*, não se aplicando a regra geral dos 15 dias insculpida no art. 508, o qual não se estende aos recursos de Agravo, exatamente por força da norma especial de tempestividade do mencionado art. 522.

Por fim, averbe-se, nos termos do que se exporá adiante, que caso se trate de hipótese de impetração originária de MS nos Tribunais, o recurso cabível para ser interposto diante de provimentos jurisdicionais que julgam o pedido da liminar em tais circunstâncias **também será o recurso de Agravo, todavia, o AGRAVO REGIMENTAL** , de prazo de **cinco dias** e processado **internamente** no próprio órgão colegiado do Tribunal, nos termos do disposto no art. 16, parágrafo único, da Lei 12.019/2009.

Aproveitamos para transcrever o texto firmado no mencionado art. 7.º, § 1.º, da Lei 12.016/2009, que faz alusão aos julgamentos do pedido de deferimento da liminar:

> **Art. 7.º, § 1.º, Lei 12.016/2009.** Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento, observado o disposto na Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

Na sequência, a citação ao também comentado art. 16, parágrafo único:

> **Art. 16, Lei 12.016/2009.** Nos casos de competência originária dos tribunais, caberá ao relator a instrução do processo, sendo assegurada a defesa oral na sessão do julgamento.
>
> **Parágrafo único.** Da **decisão do relator que conceder ou denegar a medida liminar caberá agravo** ao órgão competente do tribunal que integre.

15.2.3. Das sentenças de primeira instância e das apelações. A apelação do art. 10 e a apelação do art. 14, ambos da Lei 12.016/2009

A **Lei 12.016/2009** cuida de duas situações distintas para determinar o cabimento do uso do recurso de **Apelação** em sede de Mandados de Segurança impetrados originariamente na primeira instância. A primeira delas, a do **art. 10**, determinando que esse será o recurso cabível quando

ocorrer hipótese de **indeferimento da petição inicial**, porquanto o **art. 14** cuida das situações em que **se concede ou se denega a segurança**, cuidando das hipóteses em que, em regra, haverá enfrentamento do mérito e se terá uma sentença definitiva prolatada, contra ou a favor do impetrante.

Apresentamos sutis e importantes comentários a respeito do tema nos itens a seguir expostos.

15.2.3.1. Da apelação do art. 10 da Lei 12.016/2009

O art. 10 da Lei determina que, nos casos de indeferimento da petição inicial, o recurso cabível será realmente o recurso de Apelação. Diante de eterna polêmica que ainda divide alguns estudiosos (especialmente quando ocorre o não menos polêmico "indeferimento parcial" da petição inicial), optou o legislador por afastar qualquer tentativa de se equiparar tal decisão a uma decisão de natureza interlocutória, tratando-a como **sentença**, e exatamente por assim entender, determinou que a peça recursal unicamente adequada para enfrentar a decisão é o apelo, a ser redigido pelo impetrante e encaminhado ao próprio Juiz que indeferiu sua peça inaugural, pedindo o conhecimento do recurso (juízo originário de admissibilidade), pedindo que seja aberta vista ao impetrado para oferecimento de contrarrazões de apelo e, por fim, o encaminhamento para julgamento de mérito no Tribunal de segunda instância. Registro, novamente, que alguns autores de expressão na doutrina pátria sustentam que, nos casos de indeferimento parcial da peça inaugural, a natureza da decisão seria a de decisão interlocutória e, dessa forma, o recurso cabível seria o Agravo. Todavia, na lei do MS, não nos parece caber essa opção, por mais sedutora que ela seja, já que o legislador expressamente afastou a possibilidade de uso do Agravo ao afirmar expressamente que o recurso cabível será a Apelação.

É importante perceber que existem consequências práticas em se determinar que o recurso cabível é o recurso de apelação e não o agravo, como alguns sustentam deveria ser o recurso adequado. Sendo o apelo a medida adequada, o prazo é de quinze dias, e não de dez, o efeito suspensivo é automático (salvo se houvesse o excepcional enquadramento do caso concreto aos comandos do art. 520 do CPC, o que não é comum em sede de Mandado de Segurança), o procedimento guarda traços distintivos, as custas de preparo não necessariamente serão as mesmas, e assim por diante. Quanto ao tema, inclusive, entendo que o erro na interposição do recurso em tal hipótese configura erro fatal, grosseiro, acusando total ignorância da legislação, afastando por completo qualquer possibilidade de se cogitar da aplicação do princípio da fungibilidade, pelo que somos de crer que o endereçamento de um Agravo de Instrumento diretamente na segunda instância deveria ser inadmitido de plano sem amparo pela regra emanada da instrumentalidade das formas em âmbito recursal.

Além de afirmar que o recurso cabível é a Apelação, reconhecendo a natureza de sentença para o ato decisório de indeferimento da petição inicial, o legislador foi além e afirmou que deve haver a **motivação** para tal julgamento externada no corpo da sentença. Entendemos desnecessário o excesso do legislador, já que todo e qualquer ato judicial deve ser motivado sob pena de restar viciado. De todo modo, é importante registrar pontuação de relevo: **caso não haja a motivação da decisão de indeferimento,** é **cabível o recurso de Embargos de Declaração**, almejando que seja **suprida a omissão**.

Dando mais um passo na edificação na norma, o legislador optou por definir as três situações que justificam (e, a nosso entender, **possibilitam**) o indeferimento da petição inicial. Dessa forma, registrou que, diante de **três distintas circunstâncias**, pode o magistrado prolatar a sentença de conteúdo ora analisado. A primeira dessas situações diz respeito a hipóteses em que **"não for o caso de Mandado de Segurança"**. A segunda situação acusa o caso em que **"faltar alguns dos requisitos legais"**. Por fim, a terceira situação é aquela em que já houver **"decorrido o prazo legal para a impetração"**.

O primeiro dos casos aventados pelo legislador pode ser desdobrado em incontáveis situações fáticas em que tanto a lei quanto a doutrina e, ainda, a jurisprudência firmam entendimento no sentido de ser incabível o uso do remédio ora estudado. À guisa de exemplo, é sabido que não cabe Mandado de Segurança para questionar lei em tese, assim como não cabe para fazer as vezes da Ação Rescisória almejando questionar a coisa julgada, bem como não cabe para deduzir pretensões de cobrança patrimonial, bem como em quaisquer das hipóteses do art. 5.º da Lei 12.016/2009, ou quando o ato coator seja atacável por via de *habeas data* ou *habeas corpus*, e assim por diante.

Na segunda hipótese, em que o Juiz pode indeferir a inicial sob a alegação de falta de um dos requisitos legais para a admissibilidade da impetração, pode-se indicar como exemplo a situação em que o impetrante não apresente a prova pré-constituída ou, também, quando o ato configure ato não revestido do caráter público, revelando atividade tipicamente administrativa etc.

A terceira e última hipótese é mais simples e acusa o vício da intempestividade, demonstrando a inadmissibilidade do MS por vício temporal.

Registre-se que em todos esses casos de indeferimento da petição inicial, em observância à norma prevista no art. 267, I, do CPC, estar-se-á diante de **sentença terminativa**, que extingue o processo **sem resolução de mérito**, ainda que fosse possível estabelecer alguns questionamentos em relação à postura do legislador que determinou que as sentenças de indeferimento da petição inicial serão sempre terminativas (imagine-se, a título de exemplo, uma sentença que indefira a petição sob o argumento de consumação de decadência ou prescrição, alegando ser essa a causa pela qual não seria cabível o MS; em tais circunstâncias, haveria um inequívoco enfrentamento do mérito e sua resolução, nos termos do art. 269, IV, do CPC).

Em todas as hipóteses, frisemos, caberá o uso do recurso de **Apelação**, no **prazo de 15 dias**, nos termos do **art. 506 c/c art. 508 do CPC**, devendo ser recolhidas as custas de **preparo**, sob pena de aplicação de pena de deserção, nos termos do art. 511 do CPC, ressalvadas as hipóteses de dispensa de tal ônus. Como já comentado, salvo a raríssima situação de enquadramento nos descritivos do art. 520, o presente recurso **goza de efeito suspensivo *ope legis***, aplicando-se a regra do art. 521 do estatuto processual.

Por fim, é de profunda importância fazer aqui o expresso registro, clamando zelosa atenção, que **caso se trate de hipótese de impetração originária em Tribunal, o recurso cabível para impugnar o Acórdão de indeferimento da petição inicial não é a Apelação, mas sim o AGRAVO INTERNO**, já que se cuidará de situação em que não se terá a prolação de uma sentença, mas sim de um acórdão, ato decisório colegiado, jamais impugnável por via de Apelação. A regra ficou

expressamente prevista na parte final do § 1.º do referido art. 10 da Lei 12.016/2009 e não pode ser desprezada. Trata-se de recurso completamente diferente do apelo comum, seja no procedimento, no prazo, no aspecto de normalmente nesses recursos internos o preparo é dispensado (depende da legislação de regência aplicável a cada Tribunal, inclusive a regimental) etc.

A conclusão que se extrai e da qual jamais se pode descuidar é no sentido de que **dos julgamentos de indeferimento das petições iniciais em primeira instância o recurso cabível é a apelação, porquanto nas hipóteses de impetração nas instâncias de cima será o Agravo interno**.

Aproveito para transcrever o citado art. 10 da Lei 12.016/2009, bem como o seu mencionado § 1.º:

> **Art. 10, Lei 12.016/2009.** A inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração.
>
> § 1.º Do **indeferimento da inicial pelo juiz de primeiro grau caberá apelação** e, quando a competência para o julgamento do mandado de segurança couber **originariamente a um dos tribunais, do ato do relator caberá agravo para o órgão competente do tribunal** que integre.

15.2.3.2. Da apelação do art. 14 da Lei 12.016/2009

O art. 14 da Lei 12.016/2009 cuida das sentenças proferidas pelos magistrados atuantes nas varas de primeira instância (em regra, varas de Fazenda Pública) quando **concedem ou denegam segurança**. Ou seja, toda e qualquer decisão que não seja interlocutória e que não se enquadre nas hipóteses do supracomentado art. 10 (indeferimento da inicial), restará enquadrada aqui nos casos do art. 14. Se a sentença é prolatada num processo em que a inicial foi **deferida**, resta afastada aplicação do art. 10 e a hipótese é de normatização pelo art. 14.

Não necessariamente, observe-se com carinho, cuidar-se-á de sentença definitiva, ainda que normalmente assim o seja. Como regra, de fato, ao conceder ou denegar a segurança, o Juiz aprecia o pedido e enfrenta o mérito, prolatando sentença que o resolve, a qual se constitui como definitiva, nos moldes do disposto no art. 269 do CPC. Não obstante, basta cogitar de qualquer vício constatado pelo Juiz após o deferimento da inicial para que se possa flagrar a prolação de sentença extinguindo o feito sem que se esteja fazendo uso da regra do art. 267, I, mas com amparo nos demais incisos fincados no aludido artigo, o que levará à percepção de que é possível ter sentença terminativa sendo atacada pelo apelo a que se refere o art. 14.

Para fins práticos, nas principais questões aplicáveis numa prova, as diferenças entre as regras dos arts. 10 e 14 são de somenos importância, pelo menos no que diz respeito ao modo de redigir a peça recursal, pelo que o enfrentamento do tema traria desafio que fugiria ao propósito desse tópico da obra, enveredando para um desnecessário mergulho em desdobramentos de maior detalhamento a respeito do instituto. Os pontos de maior relevo serão a seguir comentados.

O primeiro ponto a destacar é que, nos termos da regra firmada no § 1.º do art.14, **caso haja concessão de segurança**, julgando-se **procedente a ação**, a sentença favorável ao impetrante ficará **obrigatoriamente sujeita ao reexame necessário**, pelo que, independente de qualquer recurso, será encaminhada, pelo próprio magistrado, para reavaliação no Tribunal, impondo o legislador o duplo grau de jurisdição como inescusável. Todavia, e aqui clamo o leitor para máxima atenção, **isso não**

quer dizer que não caiba a interposição do recurso de Apelação pela Procuradoria. Pelo contrário, não só cabe como é de direito, e, friso, sendo o caso de a sentença favorável ao administrado ser viciada (seja por *error in procedendo* ou por *error in judicando*) , **deve o Procurador recorrer**, para que possa apresentar **seus próprios argumentos de defesa**, já que, caso não haja interposição de recurso, preclui a via de questionamento e o reexame se dará independente de alegações de defesa do interessado.

Aspecto de fundamental relevo e também merecedor de comentários é que o legislador, acertadamente, assegurou o **direito de recorrer em favor da autoridade coatora**, encerrando outra celeuma que insistia em dividir os estudiosos. Observe-se que mesmo que a Procuradoria entenda não ser oportuna a recorribilidade, por entender que pode faltar interesse ao ente federativo, isso em nada afeta o direito da autoridade coatora de recorrer, em relação à parcela do julgado que lhe atinge (evidentemente!), onde deverá demonstrar seu interesse recursal (requisito intrínseco de admissibilidade). É que, a depender do teor da sentença, invalidando o ato coator e acolhendo as razões do impetrante, pode ser que o teor da sentença gere problemas para a autoridade coatora, causando-lhe danos e responsabilizações disciplinares, quiçá sanções e, até mesmo, perda de vantagens, de funções ou do cargo (respeitado, evidentemente, o devido procedimento legal para tanto). Nesse viés é que o legislador, no **art. 14, § 2.º**, assegurou o direito à recorribilidade ao coator que teve seu ato fulminado pela sentença de procedência.

Não há dúvidas de que mesmo que a lei não asseverasse tal possibilidade, nos parece claro que a autoridade que teve seu ato derrubado poderia recorrer (sempre submetido tal direito à prova do interesse recursal), já que, como **terceiro prejudicado**, teria a legitimidade genérica recursal, visto que, como sabido, além das partes, o Ministério Público e os terceiros prejudicados também são legitimados a recorrer das decisões em geral.

Normalmente, nos **recursos interpostos pela autoridade coatora**, **não necessariamente se defende o interesse do ente federativo** no qual se insere o órgão ou a pessoa jurídica da Administração Pública, o qual partiu o ato coator. Não. O interesse que está em jogo é **o próprio interesse da autoridade coatora**. É dizer: é plenamente possível que nesse recurso não se peça a reforma total do teor da decisão de procedência, mas, por exemplo, os fundamentos aplicados para lastrear a decisão que invalidou o ato. É que, como citado, a depender de qual tenha sido a fundamentação aplicada pelo magistrado, ele pode ter invalidado o ato declarando dolo da autoridade, ou declarando má-fé, ou, ainda, leviandade e irresponsabilidade, o que poderia causar drásticos transtornos a um agente público que realmente não tivesse agido dessa forma, ainda que o ato realmente fosse merecedor da invalidação. Nessa linha, constate-se que não haveria que se pedir reforma integral da sentença, nem mesmo se almejar a reversibilidade da procedência (razão inclusive pela qual poderia a própria Procuradoria abdicar de recorrer), restringindo-se o questionamento ao teor da fundamentação exposta para sentenciar a procedência da ação.

Para fins de provas, rogo especial atenção aos candidatos, pois, diferentemente dos casos em que o recurso é interposto pelo próprio ente político (quando a peça é interposta pela Procuradoria), **nas situações de recorribilidade do coator é comum que ele se valha de advogado próprio, o qual**

poderia ser o candidato na hora da prova, redigindo o recurso para defender os interesses do coator.

Por fim, é ainda necessário mencionar o fato de que quando se prolata sentença que concede a segurança, acolhendo-se a argumentação exposta pelo impetrante, a Apelação eventualmente interposta pela fazenda pública não terá o poder de impedir a execução provisória da sentença, a qual, desse modo, atingirá o ato coator revertendo seus efeitos, ainda que o recurso seja interposto. De outro modo, é dizer, como disse o legislador, que "sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente". Insistindo, é afirmar que **não haverá efeito suspensivo na Apelação interposta pela impetrada**, sendo essa **a regra**. Seguindo-se essa regra, firmada no art. 14, § 3.º, da Lei 12.016/2009, o contribuinte impetrante consegue se valer dos efeitos da sentença favorável, livrando-se da coação, até o julgamento final do recurso que a fazenda venha a interpor impedindo a coisa julgada. Na verdade, significa dizer que, ainda que haja a tempestiva recorribilidade pelo fisco, a consequente litispendência promovendo a continuidade do processo na segunda instância e impedindo a coisa julgada não prejudicará o contribuinte impetrante. Constate-se, ainda, aguçando a percepção, que, caso fosse hipótese de um processo em que a liminar tivesse sido deferida e mantida até o final quando da prolação da sentença de mérito, o que se tem aqui é apenas a visão da real intenção do legislador, no sentido de manter essa liminar até a fase final do julgamento recursal. Por isso afirmou a **possibilidade de execução provisória da sentença de concessão da segurança**, protegendo o contribuinte.

Essa é, todavia, a **regra**. Realmente, como **regra**, sentenciada a concessão da segurança, o ato coator fica suspenso até o final do julgamento recursal. Não obstante, cabe exceção a tal verdade. É que, **a depender de qual seja a questão de mérito**, **o próprio legislador afasta a regra**. Senão vejamos.

A exceção a tal exequibilidade provisória da sentença de procedência se dá quando **a questão de mérito versa sobre uma das hipóteses em que é vedada a concessão de medida liminar**, quais sejam, as que ficam **previstas no art. 7.º, § 2.º,** da Lei 12.016/2009. Exemplificando, ao se tratar de uma sentença de procedência que concede a segurança num MS impetrado para liberação de mercadorias importadas apreendidas ou então para ordenar aplicação de procedimento administrativo de compensação fiscal, a sentença de procedência, caso atacada por recurso de Apelação, **não terá exequibilidade provisória assegurada**, existindo **efeito suspensivo excepcional** nas Apelações que a Fazenda Pública interponha nesses casos do art. 7.º, § 2.º, da Lei.

Art. 14, Lei 12.016/2009. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

§ 1.º Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.

§ 2.º Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer.

§ 3.º A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.

§ 4.º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

15.3. Da impetração de mandado de segurança nos tribunais. Do não cabimento do uso do recurso de embargos infringentes. O art. 25 da Lei 12.016/2009

É de suma importância perceber que o legislador, no intento de não alongar a duração do processo, encurtando o procedimento aplicável em sede de Mandado de Segurança, eliminou a possibilidade de fazer uso do recurso de **Embargos Infringentes**, vide norma estampada no art. 25 da Lei 12.016/2009. Logo, o famoso "recurso do desempate", previsto no art. 496, III c/c arts. 530 a 534 do CPC, fica terminantemente afastado nos processos instaurados em razão de impetração de Mandado de Segurança.

É **imprescindível** ter essa consciência, tanto na vida prática da advocacia, como, **especialmente**, quando da realização de um aprova. Isso porque, recurso de natureza "ordinária" que é, caso fosse cabível, **impediria o cabimento de eventual Recurso Excepcional (Recurso Especial ou Recurso Extraordinário)**, os quais, como sabido, só são cabíveis quando mais nenhum outro recurso ordinário é acessível. E numa prova o candidato deve sempre ter em mente a lembrança dessa regra de exclusão do cabimento dos Infringentes, prevista no mencionado art. 25 da Lei, já que poderia uma banca examinadora colocar no enunciado de uma questão de prova a descrição de uma situação processual com toda a moldura indicativa do que "seria" o cabimento do recurso de Embargos Infringentes, e, desse modo, induzir muitos candidatos ao erro, sendo que, por ser vedado tal recurso em sede de MS, certamente a peça processual adequada seria um dos dois recursos excepcionais, ou o Recurso Extraordinário para julgamento no STF ou o Recurso Especial de enfrentamento meritório no STJ. Basta imaginar uma questão revelando que fora provido o recurso de apelação para reformar sem unanimidade uma sentença de mérito, modificando a definitiva no Tribunal sob o argumento de *error in judicando* em julgamento que um dos desembargadores fique vencido, concordando com o teor da sentença, mantendo a decisão do Juiz e acolhendo as contrarrazões do apelado. Ora, essa descrição acusa visivelmente perfeito enquadramento para a regra de cabimento da peça recursal de infringência, nos termos do art. 530 do CPC. Todavia, **por força do comando excludente firmado no art. 25 da Lei 12.016/2009, não caberá o uso dos Embargos Infringentes e, se houver recurso cabível para atacar o referido acórdão, ou será o Recurso Especial ou o Extraordinário**, devendo o candidato analisar as regras de cabimento de um ou outro, mergulhando nas águas do art. 102, III, e do art. 105, III, ambos da CRFB/1988.

Aproveito para transcrever o referido art. 25 da Lei 12.016/2009, acrescendo o grifo particularmente feito para chamar a atenção do tema em estudo:

> **Art. 25, Lei 12.016/2009. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes** e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

15.4. Dos recursos ordinários constitucionais em sede de mandado de segurança. Impetração originária no TJ, TRF ou STJ. ROC para o STJ e ROC para o STF. Recursos privativos do impetrante

Nas situações em que a impetração do Mandado de Segurança deva ser feita **originariamente no TJ ou TRF**, caso o impetrante seja derrotado, sendo prolatado **acórdão de improcedência**,

exarando-se **decisão denegatória de segurança**, é inadmissível o uso do recurso de Apelação, já que se estará diante de prolação de ato decisório **colegiado** (Apelações só se interpõem em face de sentenças, atos monocráticos e exarados exclusivamente na primeira instância).

Em tais hipóteses, todavia, o administrado terá acesso a recurso de estrutura similar, regido, dentro do possível, com a mesma estrutura e procedimento que se aplica ao recurso de Apelação. É o caso do chamado **Recurso Ordinário Constitucional**, o qual se apresentará como único Recurso cabível para questionar essas **sentenças denegatórias** prolatadas em sede de Mandado de Segurança **impetrado originariamente na segunda instância**, funcionando o **TJ ou TRF** como **instância única** para esse impetrante, que não teve acesso a um primeiro julgamento numa Vara em que atue um Juiz de inaugural instância.

Nessas situações, em que o administrado foi obrigado a ajuizar a ação direta e originariamente no TJ ou TRF (na segunda instância – Tribunal local), tendo sido o acórdão de improcedência a sua primeira decisão de mérito, seu primeiro **grau** de jurisdição (primeiro grau – primeiro julgamento de mérito), sensibilizou-se o constituinte, e, em razão da natureza do feito, da especialidade da ação (Remédio Constitucional nobre) e ciente de que não haveria cabimento para o recurso de Apelação (afinal, o feito já tramita no Tribunal de 2.ª Instância), optou por **contemplar o impetrante derrotado** (o mesmo direito não se estende à fazenda pública) com a **possibilidade de uso de um recurso da mesma natureza da Apelação**, um recurso de caráter **ordinário**, de natureza **subjetiva**, regido dentro do mesmo perfil vislumbrável na Apelação, especialmente no que tange à **amplitude de possibilidade de alegações**, à possibilidade de novas alegações fático-probatórias e meritórias, aceitando o ***jus novarum***, e, ainda, a não sujeição ao requisito do “prequestionamento”, o que seria inviável cogitar em sede de Recursos Excepcionais (Recurso Especial e Recurso Extraordinário), em que os limites da liberdade recursal são estrangulados.

Observe-se a importância de se avaliar, nas Constituições estaduais, se existe (ou não) regra especial de organização judiciária determinando que, em razão do perfil da autoridade coatora, o MS deva ser ajuizado diretamente no TJ. Do mesmo modo, perceba-se a importância de se observar o art. 108, I, “c”, da Constituição da República e verificar que, caso a autoridade coatora seja um Juiz Federal ou o próprio TRF, a impetração deverá se dar no próprio TRF. Em tais casos, **de impetração originária no TJ ou TRF, caso a decisão seja de improcedência DENEGANDO SEGURANÇA, o recurso cabível será o Recurso Ordinário Constitucional para julgamento no STJ**, conforme expressa previsão no **art. 105, II, “b”, da CRFB/1988**.

Em tais situações de enfrentamento desses acórdãos denegatórios prolatados na segunda instância, é importante frisar que o advogado faz o endereçamento do recurso para o próprio Tribunal prolator do acórdão, o qual exercerá o juízo inicial de admissibilidade, cabendo a ele (TJ ou TRF, a depender do caso), caso realmente **conheça do recurso, encaminhe para julgamento de mérito no STJ**. Aplica-se, como dito, o procedimento próprio da Apelação, nos termos do disposto no art. 540 do CPC, observando-se ainda o prazo igualmente de 15 dias nos termos dos arts. 506 e 508 e o efeito suspensivo *ope legis* oriundo do art. 520 c/c art. 497.

Nos casos ora comentados, de ROC para julgamento no STJ, algumas **observações fundamentais**

precisam ficar muito claras. Analisemos.

A primeira delas no sentido de que **esse ROC é exclusivo do impetrante**, já que ele só cabe nas hipóteses em que **a segurança é denegada**, não tendo o constituinte favorecido a impetrada com o acesso ao recurso de natureza ordinária e ampla quando o TJ o TRF, em julgamento inaugural, concedem a segurança. Logo, caso se trate de um MS ajuizado na segunda instância seja prolatado **acórdão concedendo segurança não caberá o uso do ROC pelo Estado**, sendo certo que os únicos recursos que podem eventualmente ser cabíveis por parte da impetrada serão o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário, os quais, como já demonstrado, apresentam uma série de diferenças em relação ao ordinário recurso constitucional. Portanto, peço **ATENÇÃO** aos candidatos numa prova, pois, se tiverem que recorrer **pela impetrada**, o recurso cabível **não será o ROC**, devendo ser avaliadas as hipóteses de cabimento do **RE** e do **RESP** para que então se identifique qual dos dois excepcionais será o recurso cabível. Ao contrário, tratando-se de decisão **denegatória** e sendo a recorribilidade no interesse **do impetrante**, o recurso cabível será o **Recurso Ordinário Constitucional**.

Uma segunda observação fundamental é aquela que lembra que, para que caiba o ROC diante de decisões prolatadas em sede de MS na segunda instância, é imprescindível que se esteja a falar de **ajuizamento originário na segunda instância**; noutras palavras, é destacar que o Tribunal não atuará em sede de julgamento de Apelação. Não. Tratar-se-á, não há dúvidas, de **julgamento da própria petição inicial diretamente pelo Tribunal**. Caso a hipótese seja de ajuizamento na primeira instância, tendo sido interposto recurso de Apelação nos termos do art. 10 ou 14, havendo julgamento do apelo no TJ ou TRF, desse acórdão em que se julgue a Apelação (quando o Tribunal estará atuando para prolatar o **segundo julgamento meritório** e não estará atuando como a única instância a apreciar a causa no processo), é elementar que fique claro que **não caberá uso do Recurso Ordinário Constitucional, independente do teor do acórdão prolatado no TJ ou TRF**. Enfatizo, pedindo perdão pela insistência, em razão da periculosidade do tema: **só cabe o uso do ROC quando a decisão denegatória em MS prolatada no TJ ou TRF se dá em processos em que a ação fora ajuizada diretamente nesses Tribunais, os quais atuam como instância única, sendo o acórdão denegatório prolatado no julgamento da petição inicial**.

Na situação acima descrita, é imperioso perceber que, caso haja enfrentamento de uma situação, seja na vida real ou numa questão de prova, em que **o Tribunal, julgando a Apelação interposta pela impetrada**, **reforme a sentença de mérito para denegar a segurança em sede de Apelação, jamais, repito, JAMAIS se deve cogitar de interposição de ROC, o qual não será cabível**. Nessas situações, **mesmo se tratando de decisão denegatória da segurança prolatada no TJ ou TRF, o impetrante só terá como recurso cabível o RE ou o RESP, e JAMAIS O ROC**.

Bem, após explicado o caso de interposição de ROC em face de acórdãos prolatados em instância única no TJ ou TRF (casos em que o ROC terá julgamento meritório no STJ), é necessário comentar a situação similar em que o ROC se torna cabível para atacar acórdãos prolatados diretamente no STJ e deve ter seu julgamento de mérito no STF. Comente-se.

Sempre que a situação for uma em que **a impetração originária deva ser num Tribunal Superior**

(como é o caso, em matéria Tributária, de ajuizamento no STJ), **havendo acórdão denegatório** nessa **impetração originária no STJ** o contribuinte autor da ação deverá manejar o ROC caso queira se insurgir contra a decisão proferida em primeiro grau jurisdicional na instância superior. Nesses termos, é dizer, **o impetrante somente poderá recorrer do acórdão denegatório de segurança num MS impetrado diretamente em Tribunal Superior mediante interposição do Recurso Ordinário Constitucional**.

Valem, aqui, no ROC endereçável ao STJ para que ele o encaminhe para julgamento de mérito no STF, as mesmas observações firmadas em relação ao ROC com o qual se questionam os acórdãos denegatórios proferidos nas impetrações originárias na segunda instância. Dessa forma, é dizer: **a impetrada não tem acesso ao ROC para questionar o acórdão concessivo de segurança nas impetrações originárias no STJ, só lhe sendo viável recorrer por meio de Recurso Extraordinário para o STF** (e desde que realmente seja cabível o RE, respeitados seus demais requisitos de admissibilidade).

Observe-se, também, e ainda em simetria ao raciocínio já exposto, que, caso seja impetrado um MS diretamente no TJ ou TRF e seja denegada a segurança, e sendo interposto o ROC pelo imperante para julgamento no STJ, caso o STJ, julgando esse Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, mantenha a denegação da segurança originariamente prolatada no TJ (ou TRF), **não caberá ROC para o STF, pois não se estará a tratar de impetração originária no STJ**. Nesses casos, caso o contribuinte impetrante ainda queira tentar reverter a situação no curso do próprio processo, somente lhe restara viável, e desde que realmente cabível, o Recurso Extraordinário para julgamento no STF.

Cito, por fim, os arts. 102, II, “a”, e 105, II, “b”, ambos da Constituição, além dos arts. 539 e 540 do CPC:

> **Art. 102, CRFB/1988.** Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
>
> (...)
>
> **II –** julgar, em recurso ordinário:
>
> **a)** o “habeas corpus”, o mandado de segurança, o “habeas data” e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;
>
> **Art. 105, CRFB/1988.** Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
>
> (...)
>
> **II –** julgar, em recurso ordinário:
>
> (...)
>
> **b)** os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;
>
> **Art. 539, CPC.** Serão julgados em recurso ordinário:
>
> **I –** pelo Supremo Tribunal Federal, os mandados de segurança, os *habeas data* e os mandados de injunção decididos em única instância pelos Tribunais superiores, quando denegatória a decisão;
>
> **II –** pelo Superior Tribunal de Justiça:
>
> **a)** os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;
>
> **b)** as causas em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

Parágrafo único. Nas causas referidas no inciso II, alínea *b*, caberá agravo das decisões interlocutórias.

Art. 540, CPC. Aos recursos mencionados no artigo anterior aplica-se, quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento no juízo de origem, o disposto nos Capítulos II e III deste Título, observando-se, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o disposto nos seus regimentos internos.

CAPÍTULO III

DA PETIÇÃO INICIAL. RECOMENDAÇÕES PARA A PROVA DA 2.ª FASE DO EXAME DE ORDEM

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A elaboração da Petição Inicial para fins de impetração de Mandado de Segurança exige especial carinho e redobrada atenção, em face da existência de uma série de particularidades impostas tanto pela legislação específica de regência (Lei 12.016/2009) como pela própria jurisprudência que vai se consolidando após a definição nos Tribunais a respeito de certas questões pontuais que suscitam dúvidas interpretativas sobre o remédio em apreço. E, quando se trata de elaboração de uma petição inicial **numa situação de realização de uma Prova de Concurso (ou do Exame de Ordem)**, o cuidado deve ser triplicado, levando-se sempre em consideração o aspecto de que se está realizando um processo de avaliação no qual se mede o grau de conhecimento sobre todo e qualquer tipo de detalhe ou desdobramento temático, pelo que certas formalidades que por certo não seriam observadas com tanto zelo na prática advocatícia precisam ser prestigiadas pelo candidato, pois, às vezes, são exatamente elas que provocam a perda de pontos quando da aplicação dos critérios de correção fixados pelas bancas examinadoras.

Portanto, teceremos aqui alguns comentários focados no ensinamento de como se deve elaborar a petição inicial em sede de Mandado de Segurança, destacando alguns tópicos que merecem maior cuidado e, frisando, desde logo, que o excesso de zelo e rigorismo formal que em certos pontos dessa escrita se revelará visível se dará exatamente em razão do fato de que nessa atual obra o foco central é, sem dúvidas, preparar candidatos para a realização de provas.

2. O ART. 6.º DA LEI 12.016/2009 E OS ARTS. 282 E 283 DO CPC

Seguindo a regra geral, a elaboração da petição inicial para ajuizamento da ação do Mandado de Segurança obedece às exigências genéricas fixadas no art. 282 do CPC, não havendo razão para sua inobservância. Acresce-se, ainda, o adendo no sentido de que deve ser observada, também, a norma do art. 283, a qual tem plena adequação a ações como a que ora se estuda, em que a apresentação da prova pré-constituída é traço característico essência de sua natureza. E, no avançar da análise a respeito das regras legais que estabelecem os requisitos para uma regular estruturação da peça vestibular, é fundamental registrar que o art. 6.º da Lei 12.016/2009 traz, ainda, alguns requisitos especiais que precisam ser respeitados, sob pena de ser pichada a peça inaugural com a pecha da irregularidade formal. Nesse compasso, oportuna a transcrição dos três artigos citados, para fins de

fixação do aprendizado para que se possam tecer alguns comentários na sequência:

> **Art. 282, CPC.** A petição inicial indicará:
>
> **I –** o juiz ou tribunal, a que é dirigida;
>
> **II –** os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu;
>
> **III –** o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;
>
> **IV –** o pedido, com as suas especificações;
>
> **V –** o valor da causa;
>
> **VI –** as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;
>
> **VII –** o requerimento para a citação do réu.
>
> **Art. 283, CPC.** A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.
>
> **Art. 6.º, Lei 12.016/2009.** A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

Observe-se que, além dos requisitos gerais delineados no corpo do art. 282, o art. 283 faz alusão à necessária juntada de documentos que se revelem imprescindíveis à propositura da ação. É o caso, em sede de Mandado de Segurança, do rol de documentos que provam tudo aquilo que se precisa provar, já que no bojo da ação em tela não é admissível produção de provas no curso do processo.

Em relação ao **art. 6.º da Lei 12.016/2009**, é oportuno registrar que tal dispositivo apresenta algumas inovações quanto à peça inaugural mandamental, as quais, por certo, inexistiam na legislação anterior (a velha Lei 1.533/1951 não tinha artigo com plena correspondência). À primeira vista, de se destacar que tal sítio legal determina ao advogado a incumbência de que a petição seja apresentada em duas vias, com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda. Ou seja, a protocolização deve se dar com duas vias. Para fins de prova, recomendo que o candidato faça esse destaque de modo expresso na petição que esteja redigindo, informando que segue anexa cópia da petição com todos os documentos reproduzidos, deixando claro para a comissão examinadora que conhece a regra do art. 6.º da Lei do MS que traz esse ônus para a prática. A segunda inovação merecedora de comentário vem no sentido de que **o advogado deve, além de indicar quem é a autoridade coatora, indicar também a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições**. Ou seja, o legislador trouxe para o advogado ônus que nem sempre é de fácil destrinche, já que, ao determinar que se indique quem é autoridade coatora, coloca o redator da peça inicial diante de situação que em muitos dos casos suscita eternas divergências e provoca dantescos debates, nem sempre se chegando a um consenso quanto a quem realmente seria, naquele determinado caso concreto, a verdadeira autoridade coatora. Do mesmo modo, mais complicada ainda a missão quando se faz referência à exigência de, após especificar quem realmente é a autoridade coatora, indicar a que estrutura da Administração Pública ela se vincula, integra ou exerce atribuições. Nem sempre é simples conseguir identificar com precisão esse exato liame de vinculação, em face dos pormenorizados desdobramentos internos que muitas vezes existem dentro da estrutura organizacional da Administração Pública direta e indireta.

Apesar, não obstante a eventual dificuldade, nada que um advogado obstinado não descubra e, evidentemente, que um magistrado de bom senso compreenda, flexibilizando o rigor quanto a tal

exigência feita pelo legislador, a qual suscita reflexão se não fora excessiva em demasia.

Para fins de elaboração da petição numa prova, é importante que o candidato tenha o extremo cuidado de fazer referência à autoridade coatora e indicar a estrutura da Administração Pública que ela integra, à qual se acha vinculada, da qual exerce atribuições. Não sabendo com precisão na hora da prova, que faça a referência em abstrato (usa o sinal de reticências em vez de especificar quem é precisamente a autoridade coatora), **mas faça a referência**, demonstrando à banca examinadora que conhece a malfadada exigência legal.

Nos tópicos a seguir em destaque faremos breve digressão sobre alguns itens da petição inicial que merecem cautelosa leitura por parte dos estudantes que realizarão provas de concursos e no Exame de Ordem.

3. REGRAS DE ENDEREÇAMENTO. COMPETÊNCIA

3.1. Noções preliminares fundamentais. Da importância da identificação de quem é a "autoridade coatora"

A competência para processar e julgar originariamente o Mandado de Segurança, sabemos todos, é determinada em razão de quem seja a autoridade coatora. Isso porque, como já comentado em ponto anterior aqui nesta obra, caso se trate de autoridade para a qual a legislação estipula regra especial de deslocamento de competência originária, a ação deverá ser ajuizada em Tribunal, e não na primeira instância, perante um Juiz, como normalmente seria. Daí a importância de se conhecer quem são as autoridades coatoras que, caso sejam realmente aquelas que respondem pelo ato praticado, o feito, em sede tributária, deve ser proposto num Tribunal (TJ, TRF, STJ ou STF).

É oportuno registrar, a título de mero comentário, que o legislador especial, ao redigir a Lei 12.016/2009, apresentou norma de caráter explicativo, no art. 6.º, § 3.º, indicando quem deve ser considerado como **autoridade coatora**, registrando que será aquele agente público que tenha concretizado a prática do ato, ou, então, o que deu a ordem para a sua prática. Observe-se que tal dicção não necessariamente resolve a dificuldade prática de se identificar a autoridade coatora, especialmente quando dos polêmicos casos em que o ato decorra da conduta de um agente, sob a ordem de um outro de cargo superior e sob a responsabilização de um terceiro, acima de ambos. De todo modo, é louvável a intenção do legislador de pelo menos trazer um direcionamento capaz de dar as primeiras linhas indicativas para que se apure aquele que deve ser considerado o coator, especialmente pelo fato de, frisemos, ser tal identificação crucial para que se possa avaliar se a ação deve ou não ser proposta em um Tribunal, dependendo de quem seja esse agente que atue como autoridade coatora. Peço vênia para transcrever o citado § 3.º do art. 6.º da Lei do MS:

> **Art. 6.º, § 3.º, Lei 12.016/2009:**
>
> Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.

Avançando na análise, uma conclusão é evidente e se faz necessária sua exortação: **caso não se**

trate, no caso concreto, de ato coator decorrente de autoridade que submeta a impetração a um Tribunal, a ação deve ser proposta na primeira instância, perante um Juiz, seguindo-se a regra natural de estruturação das competências processuais para ajuizamento das ações. Nesse sentido, a orientação que sempre passo aos alunos que estudam comigo no meu curso preparatório para a prova da segunda fase da OAB, assim como os que estudam para a realização de provas de concursos públicos, é no seguinte linear: siga o raciocínio simples e óbvio; primeiro, identifique no enunciado da questão quem é a autoridade coatora; depois, cheque se é uma das que atraem competência para Tribunais; nesse momento, faça a leitura, na Constituição, dos artigos que fixam competência originária no STF (art. 102, I, "d"), no STJ (art. 105, I, "b") e no TRF (art. 108, I, "c"); constatando ser a autoridade coatora uma das que ali restam listadas, identificado está o órgão jurisdicional adequado para receber o aforamento (ex.: se a autoridade coatora é o Presidente da República, o ajuizamento se dá no STF, por força do previsto no art. 102, I, "d"; se é o Ministro da Fazenda, se dará no STJ, em razão da norma fixada no art. 105, I, "b"; se um Juiz Federal ou TRF, ajuizamento no TRF); não sendo, elimine essa possibilidade e siga na análise para identificar se o ajuizamento deve ser feito num Tribunal de Justiça, por previsão na Constituição Estadual; nesse momento da verificação, avalie se no enunciado da questão proposta se fez alguma referência à existência de regras especiais de competência fixadas na Carta estadual para a autoridade coatora indicada na questão (ex.: as Cartas Estaduais determinam que atos coatores dos Governadores de Estado desafiam impetração de MS diretamente no TJ). Findo esse percurso e se chegando à conclusão que **não seja o caso de impetrar o MS num Tribunal (STF, STJ, TRF ou TJ), promova o ajuizamento na primeira instância, endereçando sua petição inicial para o Juiz da vara competente, ou na justiça estadual ou federal**, conforme será melhor detalhado nas linhas a seguir descritas.

3.2. Ajuizamento na primeira instância. Justiça estadual e justiça federal

Concluindo-se pela inexistência de regra de competência originária em Tribunal, nos termos acima explicados, restará certo que o ajuizamento se fará na primeira instância, endereçando-se a petição ao Juiz que atue na vara competente para receber a impetração do Mandado de Segurança. O desafio, nesse momento, passa a ser o de identificar se a ação deve ser proposta **na justiça estadual ou na justiça federal** para que então se possa fazer o ajuizamento da forma correta.

De conhecimento geral que não é dado a quem quer que seja, senão ao poder constituinte, criar ou modificar regras de fixação de competências para a Justiça Federal, sendo certo que tal função normatizadora revela matéria de reserva constitucional. Noutras palavras, é dizer, o constituinte chamou para si a responsabilidade de definir quais são as hipóteses de ajuizamentos de ações na justiça federal, seja na primeira ou na segunda instância, o que o fez no art. 108, I (competências originárias do TRF), e no art. 109, I a XI (competências originárias dos Juízes Federais). Nesse descortinar, é defeso ao legislador infraconstitucional atuar no sentido de modificar tal delineamento, lhe sendo vedado criar, modificar ou extinguir as competências apregoadas pelo constituinte para a justiça federal. Ora, se assim o é, simples a missão do advogado (e do candidato na hora da prova):

para saber se a competência para a apreciação do feito é da justiça federal ou da justiça estadual (e assim definir o endereçamento da sua petição inicial), basta que avalie se a questão em tela revela uma das hipóteses descritas no rol dos incisos do art. 109 da Constituição. Se houver enquadramento, tratar-se-á, não há dúvidas, de ajuizamento na federal; não estando ali, somente sobra a justiça estadual, na qual deverá correr o feito (evidentemente aqui, descartando hipóteses de ajuizamento nas justiças especializadas, que nada têm a ver com o foco da presente obra – justiça trabalhista, militar e eleitoral). E, em se tratando de ajuizamento de **Mandado de Segurança na justiça federal**, mais simples ainda o desafio, já que assim somente se fará quando for caso em que **seja federal a autoridade coatora**.

A conclusão suprafirmada decorre da norma fincada no **art. 109, VIII, da CRFB/1988**, que determina que compete aos juízes federais processar e julgar originariamente as causas em que se tenha ato coator decorrente de **autoridade coatora federal**. Assim é para hipóteses tanto de Mandado de Segurança como de *Habeas Data*. Dessa forma, se houver um caso concreto em que o ato ilegal ou abusivo de poder decorra de uma autoridade federal, o MS deverá ser impetrado perante a justiça federal e endereçada a petição inicial a um Juiz federal para que julgue o feito. Do contrário, o litígio deverá se dar dentro da justiça estadual, de sorte que a petição deverá ser endereçada a um Juiz "de direito", atuante no âmbito da prestação jurisdicional estadual.

Dando segmento ao raciocínio supraexposto, oportuna a citação, a título de exemplo, dos atos praticados por agentes integrantes da Administração Pública Federal, direta ou indireta, os quais atuam abaixo do Ministro da Fazenda e, evidentemente, do Presidente da República. Ora, sendo o ato coator decorrente de quaisquer daqueles agentes que não esses dois últimos figurões mencionados, a ação deve ser ajuizada na justiça federal, sendo proposta na primeira instância, formalizando-se, na petição inicial, o endereçamento para o Juiz Federal atuante na vara federal competente; sendo o coator, todavia, o Ministro da Fazenda, o MS será impetrável no STJ, como já exposto em tópico anterior (por força da norma do art. 105, I, "b", da CRFB/1988), assim, também, nos casos de ser o Presidente da República a autoridade coatora deve a peça mandamental ser dirigida ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "d", da CRFB/1988). Normalmente, atos coatores de responsabilidade de inspetores, delegados, técnicos, fiscais, auditores fiscais federais, ensejam impetração de MS na primeira instância da justiça federal.

A grande "casca de banana" pertinente ao tema ocorre nas hipóteses em que nos deparamos com a figura a que se vem chamando de **"autoridade federal por equiparação legal"**, que não é, a bem da verdade, uma autoridade integrante da Administração Pública federal (é agente público integrante da Administração municipal, distrital ou estadual), mas que, por força de expressa previsão na Lei do Mandado de Segurança, é considerada como se fosse uma autoridade federal, sendo equiparada. Desse modo, **quando se estiver nos casos em que tal equiparação ocorre, o MS necessariamente deverá ser ajuizado na justiça federal**, **mesmo sendo estadual, distrital ou municipal a autoridade coatora**, a qual, reitere-se, **será considerada como autoridade federal por equiparação legal**. No item subsequente teceremos breves comentários a respeito da referida situação excepcional, indicando a previsão legal e exemplificando com casos práticos sua ocorrência.

3.3. AUTORIDADE FEDERAL “POR EQUIPARAÇÃO LEGAL”. O ART. 2.º DA LEI 12.016/2009

O fenômeno acima referido ocorre quando o ato coator praticado, de origem estadual, distrital ou municipal, gera efeitos agressivos ao patrimônio da União ou de uma das pessoas jurídicas que ela controle. Ou seja, se as consequências de ordem patrimonial decorrentes do ato ilegal ou abusivo oriundo da esfera estadual, distrital ou municipal houverem de ser suportadas pelo orçamento da União ou de suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, ou qualquer outra entidade submetida a seu controle, ou puder atingir seus patrimônios por qualquer via, **considerar-se-á como federal a autoridade coatora**, mesmo sabendo-se que ela, na essência, na origem, na realidade, é uma autoridade que não integra os quadros estruturais da Administração Federal.

A previsão normativa dessa equiparação se encontra no **art. 2.º da Lei 12.016/2009**, que assim dispõe:

> Art. 2.º Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada.

A intenção do legislador ao determinar que “considerar-se-á federal a autoridade” é exatamente a de trazer tais feitos para o âmbito da justiça federal, por força da regra do já citado **art. 109, VIII, da CRFB/1988**, encerrando eterna polêmica que dividia os estudiosos a respeito da definição de se determinar se em tais situações, em que a autoridade coatora era, **na essência, estadual, distrital ou municipal**, e que a União ou entidade por ela controlada sofria prejuízos patrimoniais em decorrência do ato, se a ação deveria ser ajuizada na justiça estadual ou federal, já que a Carta Mãe no art. 109, I, sempre afirmou que será dos juízes federais a atribuição para processar e julgar a causa quando houver interesse da União, suas autarquias, fundações e, ainda, suas empresas públicas, mas o inciso VIII do mesmo art. 109, projetando **regra especial** para os casos em que a ação fosse o **Mandado de Segurança ou o *Habeas Data***, determinou de modo diverso, estabelecendo que, **nessas ações, a competência dos juízes federais se daria apenas nos casos em que fosse FEDERAL A AUTORIDADE COATORA**. Agora, com a norma projetada no art. 2.º da Lei 12.016/2009, encerra-se a velha celeuma e fica pacificado que a competência será sim da Justiça federal, e não por força da norma do art. 109, I (em que pese a defesa feita por muitos de que, com base nesse primeiro inciso, se deveria considerar que a competência seria da justiça federal), mas sim em decorrência da norma do art. 109, VIII, a qual é própria e específica para os casos de recebimento de Mandado de Segurança.

Pontue-se, ainda, em referência ao citado comando legal, três observações.

A primeira observação a destacar vem no sentido de que, se o próprio legislador **afirma** que **“considerar-se-á federal”**, é porque, evidentemente, **não se está fazendo referência a uma autoridade federal**, afinal, caso já se tratasse de autoridade federal, não faria sentido algum falar que “considerar-se-á” federal. Portanto, nenhuma dúvida resta de que a lei faz menção às autoridades municipais, distritais ou estaduais. Seguindo nessa primeira pontuação, registre-se ainda que

nenhuma restrição é feita em relação ao tipo de vínculo ou investidura do agente, ao perfil de órgão ou autarquia que integre fundação pública, empresa pública ou sociedade de economia mista etc. Nesse viés, **qualquer autoridade coatora municipal, distrital ou federal, qualquer uma, sem exceção, fica sujeita à regra do art. 2.º da Lei 12.016/2009**, sendo certo que, se do ato dela emanado se projetarem consequências patrimoniais contrárias aos interesses da União ou de entidade por ela controlada, **a autoridade será considerada federal, nos termos do art. 2.º da Lei e a competência para o ajuizamento da ação será na justiça federal, por força do art. 109, VIII, da CRFB/1988**.

A segunda pontuação, que não pode passar sem receber comentários, reside no fato de que o art. 2.º, ao determinar a equiparação da autoridade não federal a uma autoridade federal, utiliza como critério o aspecto de decorrerem do ato **consequências de ordem patrimonial** que houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada. Perceba-se que **somente se considerará federal a autoridade** (e assim se deslocará a competência da justiça estadual para a federal) nas hipóteses em que as consequências lesivas a serem suportadas pela Administração federal forem de ordem **patrimonial**. Logo, se nenhum prejuízo econômico, financeiro, pecuniário, decorrer da medida, sendo gerados danos meramente imateriais, ou aborrecimentos, ou desgastes administrativos e operacionais, **não há que se aplicar a regra do art. 2.º**. É necessário que realmente se tenha a comprovação de que o ato coator desfere consequências negativas **ao patrimônio** da União ou de entidade por ela controlada.

Caso típico em que o ato **gera consequências patrimoniais** é aquele em que certo Estado, ou o DF ou um determinado Município da federação **cobra imposto da União ou de entidade por ela controlada, desrespeitando a imunidade tributária recíproca, quando aplicável**. É o que já se deu por diversas vezes quando dos litígios que decorreram por força de que alguns Estados da federação cobraram **IPVA** contra a empresa pública federal que administra a rede de correios e telégrafos (ECT), especialmente em relação aos veículos utilizados para viabilizar a atividade postal, desrespeitando o direito de gozo da imunidade tributária recíproca decorrente do art. 150, VI, "a" e § 2.º, da Constituição, que o STF já pacificou inúmeras vezes que se estende para alcançar a ECT (a imunidade é reconhecida seja sobre os veículos utilizados na atividade postal ou sobre quaisquer outros veículos pertencentes a referida instituição, independente da vinculação na atividade de postagem – o STF reformulou seu entendimento ao longo do ano de 2013 e pacificou que a ECT goza de imunidade tributária em todo o seu patrimônio e não apenas naquele que é afetado na atividade-fim que lhe reveste do *status* de empresa pública de natureza autárquica). É idêntica a situação quando ocorreram cobranças de ISS ou IPTU por diversos municípios do país contra a própria ECT, ou contra a INFRAERO e, ainda, a CASA DA MOEDA DO BRASIL, todas empresas públicas federais. Em todos esses casos de cobranças indevidas de impostos, trata-se de **ato coator de origem estadual ou municipal desferindo efeitos patrimoniais a serem suportados por entidade controlada pela União, devendo os Mandados de Segurança ser impetrados na Justiça Federal, por força do previsto no art. 109, VIII, da CRFB/1988 c/c art. 2.º da Lei 12.016/2009, mesmo se tratando de impostos municipais ou estaduais, já que será caso em que se tratará de autoridade coatora FEDERAL por "equiparação legal"**.

A terceira e última pontuação a ser aqui averbada vem no sentido de que o dispositivo afirma que a sua regra será aplicada quando os efeitos de ordem patrimonial houverem de ser suportados pela União ou **por entidade por ela controlada**, sem fazer qualquer distinção em relação a quais seriam as possíveis entidades, apenas mencionando que sejam entidades **controladas pela União**. Nesse compasso, a nós parece claro que é irrelevante se a entidade controlada pela União que houver de suportar os efeitos de ordem patrimonial decorrentes do ato coator seja uma empresa pública federal ou uma **sociedade de economia mista federal**. Isso porque, como sabido, a regra do art. 109, I, que atrai competências para a justiça federal em razão dos interesses da Administração Pública federal direta (União por meio de seus órgãos) e indireta (pessoas jurídicas criadas pela União para exercerem, mediante descentralização, a atividade administrativa federal), não inclui as sociedades de economia mista em seu bojo, razão pela qual sempre foi assente (e assim é na prática) que, quando o interesse na causa é de uma sociedade de economia mista, o feito não sofre atração para a justiça federal. Ocorre que, **com a redação do art. 2.º da Lei 12.016/2009**, que faz **expressa referência a "entidades por ela controladas"**, nos parece insofismável reconhecer que, **em sede de Mandado de Segurança** (igualmente de *Habeas Data*) , **se o ato coator atingir interesses patrimoniais de sociedades de economia mista controlada pela União, a competência para apreciar o MS é da justiça federal**, e, reitere-se, suplicando-se aqui máxima atenção, **não por força do art. 109, I, mas sim em decorrência do art. 109, VIII, da Constituição**. Afinal, se a Lei 12.016/2009 determina que "considerar-se-á federa a autoridade" quando as consequências de ordem patrimonial houverem de ser suportadas pela União ou por **"entidade por ela controlada"** e não faz qualquer distinção entre tais entidades, não resta dúvida que, ao se aplicar o comando legal, a autoridade coatora municipal, estadual ou federal que praticar ato coator que gere consequências de ordem patrimonial contra sociedades de economia mista federal **será considerada autoridade coatora federal por equiparação legal** e a consequência de tal conclusão é no prumo de que **a competência será de Juiz Federal para receber originariamente o feito**.

3.4. Modelos de endereçamento sugeridos para redigir a petição inicial

Valemo-nos desse tópico apenas para fins de registrarmos uma sugestão de como se redigir o endereçamento da petição inicial, seja na primeira instância (na justiça estadual ou federal) ou em determinado Tribunal (STF, STJ, TRF ou TJ), quando for o caso de impetração nas casas de jurisdição colegiada. Segue, abaixo, portanto, rol de sugestões:

- **Exemplo 1: Ajuizamento na Justiça Estadual na 1.ª Instância**

  Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... (única / especializada / cível / fazenda pública) da Comarca do Município ... no Estado ...

- **Exemplo 2: Ajuizamento na Justiça Federal na 1.ª Instância, na Capital (sede da Seção Judiciária da Justiça Federal)**

  Exmo. Sr. Dr. Juiz de Federal da ... Vara Federal ... (única / especializada / cível / fazenda pública) da Seção Judiciária do Estado ...

- **Exemplo 3: Ajuizamento na Justiça Federal na 1.ª Instância, fora da Capital (em uma Subseção Judiciária integrante**

da Seção Judiciária)

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Federal da ... Vara Federal ... (única / especializada / cível / fazenda pública) da Subseção Judiciária do Município ... na Seção Judiciária do Estado ...

• **Exemplo 4: Ajuizamento no Tribunal de Justiça**

Exmo. Sr. Dr. Desembargador Presidente do Colendo Tribunal de Justiça do Estado ...

Doutos Desembargadores;

Ilustre Desembargador Relator;

• **Exemplo 5: Ajuizamento no Tribunal Regional Federal**

Exmo. Sr. Dr. Desembargador Presidente do Colendo Tribunal Regional Federal da ... Região

Doutos Desembargadores;

Ilustre Desembargador Relator;

• **Exemplo 6: Ajuizamento no Superior Tribunal de Justiça**

Exmo. Sr. Dr. Ministro Presidente do Colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ

Doutos Ministros;

Ilustre Ministro Relator;

• **Exemplo 7: Ajuizamento no Supremo Tribunal Federal**

Exmo. Sr. Dr. Ministro Presidente do Colendo Supremo Tribunal de Federal –STF

Doutos Ministros;

Ilustre Ministro Relator;

4. DO OBJETO DE ATAQUE NA IMPETRAÇÃO. ATO COATOR SEMPRE? MS REPRESSIVO X MS PREVENTIVO

Diferente das ações tradicionais em que se costuma assegurar, de modo indubitável, que a ação é proposta por um autor em face de um réu (em face de certa pessoa), em sede de Mandado de Segurança é eterna a discussão (e longe de ser pacificada) a respeito de se uniformizar entendimento no sentido de se definir se o MS é proposto em face da pessoa jurídica federativa (o ente político ou uma entidade integrante de sua Administração Pública indireta) ou se em face do ato coator praticado pela autoridade a ela vinculada, que integra sua estrutura, que a representa. Vozes de respeito perfilam-se em prol de tese que cogita se tratar de especial situação em que a ação não teria um réu, sendo proposta meramente em face do ato viciado oriundo da estrutura administrativa de um ente da federação, o qual ofereceria, por meio de seu órgão de representação judicial (Procuradoria), a defesa do ato, mas sem ser equiparado à figura tradicional do réu no processo. E é a natural estranheza que tal percepção provoca que faz com que incontável linha de doutrinadores se aninhe em entendimento oposto, afirmando haver sim a tradicional figura do réu, considerando que o ente federativo (União, Estado, Distrito Federal ou Município) ou uma de suas entidades (entidades integrantes da Administração Indireta – autarquias, fundações, empresas públicas ou sociedades de economia mista) seriam, na qualidade de “impetrados”, os legítimos réus no processo, sendo exatamente essa a razão pela qual restaria oferecida a defesa do ato coator por via de seus próprios órgãos de representação judicial.

Em que pese o debate, o fato é que, na prática, a advocacia se enamorou com o modelo de atribuir

à redação do documento deflagrador do processo um texto em que se afirma ser o remédio impetrado **diante do ato coator**, ou, **em face do ato coator**, e, ainda, **por força do ato coator**. Nesse linear, comum e da práxis que na elaboração das linhas iniciais da petição se afirme que o impetrante vem, por meio de seu advogado, impetrar o Mandado de Segurança "em face do ato coator ...". Independente das convicções particulares de cada um quanto à análise de ser tal prática de melhor ou pior adequação sob a ótica formal e sob o crivo da estrita técnica processual, o fato é que ela passou a se incorporar no costume advocatício e se tornou aceita pelos magistrados, até porque não faria sentido se determinar, por força de tal suposto "vício" de somenos gravidade, uma emenda da petição inicial, gerando entraves incompatíveis com os urgentes proclames na celeridade e operabilidade e se testemunhando um incompreensível desprezo à largueza do comando da instrumentalidade do processo. Nesse compasso, passou a se incorporar o hábito de se redigir na petição o texto afirmativo de que a impetração se dá em face do ato coator, havendo, todavia, o dever de zelo de se identificar quem é a autoridade praticante ou responsável pelo ato e especificar a estrutura da Administração Pública em que ela se insere, registrando qual é o ente federativo envolvido ou qual a entidade integrante de sua Administração Indireta.

Observe-se que foi exatamente em razão desse costume que se trouxe para o sistema legal a já comentada norma que determina que é ônus do autor impetrante, ao redigir a petição inicial, destacar quem é a autoridade coatora e indicar o segmento em que ela se insere dentro da estrutura da Administração Pública do ente federativo a que ela se acha vinculada.

No linear do ensinamento ora concluso, interessante questão se expõe: já que é assente que na prática se redige o documento vestibular afirmando ser o Mandado de Segurança impetrado em face do ato coator praticado, como ficaria o feito nas hipóteses em que o remédio se ajuíza preventivamente e não há ainda a prática do malfadado ato viciado? Como afirmar ser a impetração em face de um ato que sequer ocorreu? Por maiores que sejam os indícios que evidenciam que ele se materializará, ele ainda não existe ao tempo da preventiva impetração. Daí que, na defesa da tese de que o MS não se impetra em face do ente federativo ou de suas entidades, mas sim em face do ato coator, se ter adotado o costume de redigir a petição inicial fazendo afirmativa de que o MS se impetra diante do ato coator a ser praticado.

Não raro se encontram nos textos das petições protocolizadas (e deferidas pelos magistrados) em sede de MS Preventivo redações do tipo "... impetrar o presente Mandado de Segurança Preventivo em face de ato coator em vias de ser consumado..." ou então "... em face do perigo real e iminente de prática de ato coator...", bem como "... diante de risco concreto de prática do ato coator..." ou, ainda, "em face de indícios concretos de possibilidade real e iminente de prática de ato coator ...", e assim por diante.

A verdade, para fins práticos, é que desde que se especifique qual o potencial ato que realmente está em vias reais de ser consumado, propiciando ao magistrado identificar a situação ilegal ou abusiva em iminência de se consumar, bem como se especificando de qual origem partirá esse ato, não é coerente que se determinem reparos na peça de propositura, já que não ocorrerá qualquer prejuízo à instrução e ao andamento do processo.

Pontual dificuldade, todavia, que merece reflexão, reside no aspecto de se identificar a autoridade coatora, conforme exige o já prestigiado art. 6.º da Lei 12.016/2009, nesses mesmos casos de impetração preventiva. Como afirmar na petição quem é a autoridade "coatora" se nenhuma coação ainda se consumou, ainda que reste evidente que está prestes a ocorrer? Como assegurar que o ato viciado decorrerá de certa e determinada pessoa? Ainda que indícios da maior robustez possam sugerir quem será o coator do ato potencial em vias de se praticar e que se almeja em caráter preventivo evitar, não é viável afirmar com certeza inequívoca quem seja tal autoridade. Como então se portar o advogado diante da norma imposta no *caput* do art. 6.º? Do mesmo modo e já complementando a reflexão proposta, como fica a norma do art. 7.º, I, da mesma lei, que afirma que o Juiz, ao despachar a inicial, ordenará "que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações"? Observe-se que, por força dessa norma do art. 7.º, I, decorre um **pedido** que o advogado do impetrante deve formalizar ao redigir a petição, o pedido de que o Juiz ordene a notificação da autoridade coatora. Daí voltamos a indagar: como aplicar a norma do art. 7.º no caso do MS Preventivo em que ainda não se praticou tal ato e não há autoridade que possa ser considerada como coatora (como chamar de coato alguém que não coagiu?)? E indo além: notificar a "autoridade coatora" (???) para prestar esclarecimentos sobre o quê?

Preferimos crer que o legislador, ao redigir o art. 6.º, assim como o art. 7.º, pensou apenas na figura do MS Repressivo, não valorando a modalidade do MS Preventivo, já que, pelo nosso pensar, é visível a incompatibilidade das regras apostas nesses dois comandos legais com a estrutura do remédio antecipadamente impetrado. Entendemos, humildemente, que **no MS Preventivo não é ônus do advogado especificar na petição inicial a figura da autoridade coatora (que ainda não existe), bem como pedir a sua notificação**, sendo a nossa conclusão no sentido de que as citadas normas dos arts. 6.º e 7.º, I, são inapropriadas para tal modalidade de ajuizamento.

Por força do exposto, aproveitamos para, no tópico seguinte, tecer algumas outras diferenças entre o MS Preventivo e o MS Repressivo que merecem destaque.

5. DAS PROVAS PRÉ-CONSTITUÍDAS

É muito importante exorcizar um fantasma aqui e esclarecer que nesse tema referente às provas pré-constituídas **o que o impetrante tem que provar é o cabimento da impetração** (tem a ver com o **interesse de agir**). Ao contrário do que muitos pensam, **o objeto a ser provado não é, necessariamente, o próprio bom direito material**, como se vê ser sustentado equivocadamente por aí. Não mesmo. É plenamente cabível a impetração do MS em hipóteses em que o bom direito alegado pelo autor da demanda seja alvo de controvérsia, objeto de debate, e atraia sobre si diferentes teses. Não é aqui que estará um óbice à impetração. Aliás, esse é o entendimento tranquilamente sustentado pela doutrina mais abalizada e com plena guarida na jurisprudência do STF, vide **Súmula 625 do STF**.

Em sede de **MS Repressivo**, o que se precisa deixar devidamente provado é que **o ato coator realmente aconteceu**, que esse ato **atinge sim o impetrante**, que esse ato se reveste do **caráter de ato típico da Administração Pública**, e, evidentemente, que **os efeitos decorrentes do ato atingem o impetrante naquilo que ele alega ser seu bom direito**. Em outras palavras, percebam que, quanto a esse "bom direito", o que o impetrante tem que demonstrar é que, se ele realmente existir, se realmente ele for "bom", que ele teria sua integridade corrompida por força dos efeitos decorrentes do ato da Administração. Insisto, reforçando, que **não é uma condição de admissibilidade para o MS a prova de que o direito alegado é incontroverso**. Pelo contrário. Ele pode ser alvo de divergência jurídica e isso em nada será problema. Afinal, quem vai decidir se o alegado direito existe ou não é o Juiz, julgando o mérito da causa.

Caso se tivesse que deixar provado no próprio ato de impetração que o direito em si mesmo é incontroverso, qual seria a atividade de "julgamento" a ser exercida? Qual seria a utilidade de se abrir defesa à Procuradoria? Ora, se fosse obrigatório que já restasse provado que o ato é viciado na própria impetração, não haveria atividade de "julgamento", mas sim uma mera homologação da petição inicial. E se assim fosse, todos os Mandados de Segurança seriam julgados procedentes; ou seriam inadmitidos (pelo fato de o direito alegado não ser incontroverso) ou seriam sempre julgados procedentes (pois se provou que o direito alegado é invencível), jamais se denegando a segurança no julgamento de mérito. E não é assim que ocorre na prática e nem é esse o respaldo teórico.

Chega a ser desproporcional acreditar em equívoco de tão dantesco teor. É evidente que essa certeza indubitável quanto ao direito alegado é objeto de desejo do impetrante (é lógico que, se ele realmente puder provar documentalmente a certeza absoluta do seu direito, será muito melhor para ele), mas ficou assegurado aqui que essa certeza não é algo imprescindível para a admissibilidade da ação, tanto que, na prática, em incontáveis casos, o MS é julgado improcedente, exatamente pelo fato de que os Juízes entendem não assistir razão ao impetrante; e, obviamente que esses julgamentos só ocorrem pelo fato de o remédio **ter sido admitido**, o que prova que a existência de um direito "líquido e certo" nada tem a ver com um direito sob o qual não caiba tese contrária. De se concluir, portanto, que o que se deve provar no ato de ajuizamento **não é a inexistência de controvérsia jurídica sob a tese alegada**. Essa certeza não faz parte do objeto da prova pré-constituída obrigatória, ainda que possa o advogado fazer tal inclusão, o que, por certo, reitere-se, ele tentará a todo custo conseguir, para que então conquiste o julgamento favorável pretendido.

O que o autor da demanda deve provar é que **se esse direito que ele alega ter for bom, ele é o titular deste e que o ato violará esse suposto direito**; por fim, acresço, em opinião pessoal, que o **suposto direito alegado deve ter um mínimo de sustentabilidade aparente**. Quanto a esse último requisito (o direito alegado ter um "mínimo" de sustentabilidade "aparente"), o que se quer colocar é que o impetrante, para fazer uso do MS, deverá provar que tem um suposto direito que está sendo lesado (ou ameaçado de lesão no caso de impetração preventiva) pelo ato coator indicado, mas, quanto a esse direito, ainda que não precise existir certeza absoluta que não há tese contrária, **o que não pode é existir a certeza absoluta de que esse direito não existe**; daí ser exigível que haja **um mínimo de sustentabilidade**, mínimo esse que seja **aparente**, ou seja, que se possa ver de plano da

leitura da petição. Nessa linha, entendemos que a impetração de MS para exigir proteção a "direitos" visivelmente impossíveis e sem qualquer possibilidade de sustentação revela vício intransponível a desafiar a inadmissibilidade do manejo da especial ação em comento. De todo modo, enfatizamos, trata-se de mera externação de entendimento particular do autor que ora escreve.

Em sede de impetração preventiva, há que se ter o carinhoso cuidado de deixar provado que o ato está em vias de acontecer, conforme se exporá no item a seguir narrado, havendo sutil diferença em relação ao MS Repressivo, em que, como o ato já aconteceu, a prova deve ser da consumação do feito.

6. ALGUMAS DIFERENÇAS ENTRE O MS REPRESSIVO E O MS PREVENTIVO. PROVAS. LIMINAR. PEDIDO PRINCIPAL

6.1. Do objeto da prova pré-constituída em sede de MS repressivo e preventivo

Passamos a comentar, na esteira do disposto no item anterior, algumas importantes diferenças entre a impetração de modo preventivo e aquela que se dá de modo repressivo, analisando, primordialmente, o reflexo de tais ponderações no que diz respeito à estruturação da petição inicial.

O primeiro ponto a destacar é pertinente à questão do objeto probatório, ou seja, daquilo que se deve fazer prova pré-constituída. No caso do MS Repressivo, a prova a ser feita é no sentido de que **o ato coator aconteceu**, que ele atinge o impetrante em direito de sua titularidade. Já no MS Repressivo, o que se deve provar é que **o ato realmente está em vias concretas e iminentes de acontecer**, e não que ele já aconteceu (afinal, de fato não aconteceu), e que, caso ocorra, realmente atingirá o impetrante em direito de sua titularidade. Quanto à impetração preventiva, tal prova deve ser sempre muito bem feita, para que não pareça que está ocorrendo impetração diante de mera cogitação ou infundado temor, ou, ainda, diante de "lei em tese", sendo que nessa última hipótese os magistrados indeferem liminarmente a petição inicial por inadequação da ação posposta, nos termos da jurisprudência firmada na Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal.

6.2. Da liminar. Finalidade e efeitos. Diferenças entre o MS preventivo e o MS repressivo

6.2.1. Considerações iniciais fundamentais

Um segundo ponto a ser alvo de reflexão é o que faz alusão ao pedido de deferimento da segurança em sede **liminar**. Não há qualquer óbice que em sede de Mandado de Segurança preventivo se peça a tutela jurisdicional liminarmente, pelo contrário, sendo extremamente comum que se faça tal pedido.

Ocorre que **a finalidade e os efeitos da liminar eventualmente deferida em sede de MS Preventivo não necessariamente são os mesmos em relação ao deferimento da medida de**

urgência no MS Repressivo, sendo cabível ainda o adendo de que, a depender de qual seja o tipo de potencial ato coator a se atacar na impetração preventiva, esses efeitos da liminar podem variar (ex.: a liminar em um MS Preventivo em face de risco de prática de ato coator de apreensão indevida de mercadorias ou interdição indevida de estabelecimentos não é o mesmo efeito que uma liminar deferida em MS Preventivo impetrado diante do risco de prática de ato coator de lançamento indevido de tributo). E, aqui, o ponto merece algumas digressões.

6.2.2. Liminar nos mandados de segurança em face de ato coator de lançamento. MS repressivo e MS preventivo. As diferenças em relação à medida liminar em ambos os casos

Inicialmente, cuidemos das peculiares situações em que o ato coator (já praticado ou em vias de se praticar) seja um ato de cobrança indevida de tributo, quando então falamos de MS **em face de lançamentos fiscais**.

Ora, em se tratando de **lançamento já ocorrido**, e sendo, portanto, um caso de **MS Repressivo**, qual seria a finalidade da medida liminar? Nessas hipóteses, é inequívoco que **a medida liminar teria por finalidade promover a suspensão imediata da exigibilidade do crédito**, nos termos do disposto no **art. 151, IV, do CTN**, retirando a eficácia central do ato coator em comento, e, em razão da aludida suspensão de exigibilidade, propiciar ao contribuinte impetrante o gozo de todos os efeitos dela decorrentes (acesso a certidões negativas ou com efeito de negativas; impedimento de ajuizamento de ação de execução fiscal; impedimento de aplicação de multas de mora).

Já nos casos de **MS Preventivo** diante do risco real e iminente de prática indevida de lançamento, não se pode projetar a mesma ideia, sendo, sem quaisquer sombra de dúvidas, bem diferente tanto a finalidade como o rol de efeitos da medida liminar pleiteada e eventualmente deferida. Senão vejamos: **como falar em "suspensão da exigibilidade do crédito" se ainda sequer houve lançamento do crédito** e nenhuma exigibilidade contra o contribuinte existe no momento da impetração?

Perceba-se que na impetração preventiva em face de eventual ato coator de lançamento indevido não se deve e não se pode falar em "liminar para fins de suspender a exigibilidade do crédito", sendo certo que o art. 151, IV, do CTN ainda não tem campo para sua aplicação.

Do mesmo modo, como falar da aplicação da regra prevista no art. 7.º, III, da Lei 12.016/2009 (tópico que faz alusão ao pedido liminar) quando não há, ainda, qualquer ato a ser suspendido?

Indo além, há de se indagar: se, de um lado, a finalidade da liminar no MS Repressivo em face de ato coator de lançamento é a de promover a suspensão imediata do ato, suspendendo a exigibilidade do crédito, qual seria a finalidade da liminar num MS Preventivo diante de ato risco de prática de ato do mesmo perfil, já que não há ato algum a ter seus efeitos suspensos?

Uma reflexão apressada pode levar a erro letal, no qual muitos insurgem. É que não raro se afirma que a finalidade da liminar num MS Preventivo impetrado em face do perigo real e iminente de prática de ato de lançamento seria a de impedir a consumação do ato. Não. Não pode ser essa a finalidade, pois tal efeito impeditivo não é possível de ser propiciado em sede liminar, somente sendo viável após a decisão final de mérito com a concessão definitiva da segurança nos casos de a

ação ser julgada procedente e se alcançar o trânsito em julgado da sentença. Em sede liminar, reafirmo, não é juridicamente possível se impedir a prática do lançamento, conforme pacífica jurisprudência consolidada no STJ, já que o risco de consumação de decadência contra a fazenda pública impõe a imperiosa necessidade de se formalizar o lançamento do crédito, sob pena de o prazo se consumar e, ao final do processo, caso a ação seja julgada improcedente, não ser mais cabível a realização do procedimento de cobrança por força da materialização da sua caducidade. Logo, perceba-se que **a finalidade da liminar em sede de MS Preventivo em face de potenciais lançamentos indevidos não é a de impedir tais lançamentos**, pois não se poderia crer que o fim a ser alcançado com a medida liminar pretendida seria um fim impossível de ser deferido. Aliás, quanto ao tema, merece o registro de que **no curso do processo é plenamente possível que o fisco formalize o lançamento**, mesmo com o MS Impetrado preventivamente e ainda que com a liminar deferida, pois, como dito, o prazo decadencial não deixa de fluir pelo simples fato de ter sido ajuizada a ação e de eventualmente ser deferida uma tutela em sede de urgência, pelo que a fazenda não só pode (como já reafirmou em incontáveis situações o STJ) como **deve formalizar o lançamento**. Daí, mais uma vez indago: **qual seria a finalidade da liminar em tais situações?**

Parece-nos claro que, quando se trata de MS impetrado diante do temor de se sofrer um lançamento indevido, o objetivo de uma tutela liminarmente concedida é perfeitamente igual ao efeito que se pretende buscar quando se pede deferimento de tutela antecipada em sede de Ação Declaratória preventiva, quando o que se pleiteia no pedido de antecipação da tutela jurisdicional é apenas que se **declare liminarmente que não existe relação tributária**, declaração essa que, muitas vezes, é extremamente útil, quiçá necessária, para que o contribuinte possa exercer certos direitos ou não sofrer cerceamento em outros tantos. Ou seja: o que se pretende é unicamente um provimento de caráter **afirmativo, meramente declaratório**, reconhecendo, ainda que liminarmente, ainda que em declaração de natureza precária e de efeitos reversíveis, a impossibilidade da cobrança. E esse é, não nos resta dúvida, o objetivo que se deve ter em mente quando se pede uma medida liminar em MS Preventivo impetrado diante do risco de se materializar lançamento indevido. Esse é o objetivo. Até porque, diferente dele, nada mais pode ser alcançado no provimento precário e antecipado. É imprescindível que fique claro na mente do leitor que essa liminar **não terá o poder de impedir o lançamento, o qual será feito independente de seu deferimento**.

Na linha do que se expôs, é de se constatar que, se o efeito impeditivo do ato coator realmente é inalcançável **quanto esse é o perfil do ato coator** (atos de lançamentos de tributo), realmente só resta como acessível o efeito declaratório. E é evidente que tal efeito tem importância que não pode ser desprezada. Aliás, a depender do que sejam as necessidades no caso concreto, pode ser fundamental para o contribuinte impetrante conseguir essa liminar. Rememore-se que quando um Juiz defere a medida liminar ele está atestando o *fumus boni iuris*, o que, em sede de Mandado de Segurança, seria o reconhecimento da existência de fundamento relevante em favor da tese do impetrante, sinalizando-se pela simpatia com o entendimento de que há um bom direito.

É evidente que não se pode falar, claro, dos efeitos normais que essa mesma liminar produziria caso já tivesse ocorrido o lançamento (e aí o MS seria repressivo), pois não haverá, ainda, nesse momento, ato coator a suspender, exigibilidade de crédito a ser suspensa, ainda não terá ocorrido

inscrição em dívida ativa etc. É vero que não se poderá falar que a liminar, **nesses casos peculiares**, teria a força de impedir o ato coator (não terá, como bem frisado reiteradamente nas linhas *supra*). Todavia, como desprezar sua utilidade? Seria de profunda infelicidade não reconhecer tal valor. Apenas a título de exemplo, dentre alguns que poderia aqui trazer, narro um caso em que tivemos a oportunidade de atuar defendendo uma grande corporação societária, a qual estava atravessando um dos mais importantes momentos de sua atuação empresarial, envolta em processo de incorporação societária, pelo que seria adquirida por um grande grupo de investidores, havendo total interesse de seus sócios na conclusão da operação, já que receberiam vultuoso capital em razão da alienação. Ocorre que, durante a etapa final do procedimento, o grupo foi surpreendido com uma fiscalização instaurada pela Receita Federal, alegando suposta sonegação de imposto de renda relativo a dois anos anteriores (que de fato não havia!). Instaurado o procedimento, foi concedido um prazo à Pessoa Jurídica fiscalizada para que apresentasse documentos demonstrando a inexistência da dívida, sendo que, caso os mesmos não fossem apresentados, ou, caso apresentados e não convencendo o fisco, haveria formalização de lançamento cobrando a dívida, com respectivos acréscimos moratórios. Por força dessa possibilidade, os investidores, potenciais adquirentes, ponderarão a possibilidade de desistência da operação, temerosos de que realmente existisse o passivo fiscal federal cogitado, até porque já havia sido realizada auditoria privada sobre a sociedade que seria incorporada e não fora informada tal possível dívida, o que abalava a confiança na idoneidade fiscal da empresa. Qual foi a solução encontrada? Paralelamente aos atos extrajudiciais de elaboração dos documentos solicitados, se impetrou Mandado de Segurança de caráter preventivo, em face do risco real e concreto de prática de lançamento de IRPJ que era flagrantemente indevido, conforme documentação que se acostava na petição inicial para fins de prova pré-constituída. E se pediu a declaração da inexistência da dívida em sede liminar, o que fora feito de plano pelo Juiz da causa, que reconheceu o *periculum in mora* (risco de a medida se tornar ineficaz caso somente deferida ao final) e, evidentemente, o *fumus boni iuris*. E foi exatamente por força dessa liminar que a operação teve continuidade e a incorporação societária se concluiu. Não há dúvidas, para todos os advogados e demais profissionais que participaram daquela operação, que a liminar deferida no MS Preventivo fora fundamental para gerar a segurança que os investidores queriam ter para concluírem a aquisição. Percebam, portanto, que, não obstante a referida liminar jamais tivesse o poder de impedir o eventual lançamento, ela foi de profunda utilidade no que tange aos interesses particulares do contribuinte, já que sua carga declaratória tem força, gera uma presunção (ainda que precária) favorável ao autor da ação, funcionando como uma declaração judicial que prestigia a tese que sustenta o bom direito alegado pelo impetrante.

Por fim, vale ainda um registro importante em relação a tais liminares, a respeito de tema de perfil realmente *sui generis*. Observe-se: nada obsta, como já demonstrado, que no curso do processo o fisco lance o valor que entende ser devido, e, não raro, a medida se formaliza. Lançamento feito, perceba-se que o crédito estará constituído e se tornará exigível, não havendo, nesse momento, qualquer medida suspensiva de sua exigibilidade materializada (nem liminar e nem depósito do montante integral em dinheiro). Daí que, diante do novo desenho fático, somos dos que defendem que o advogado, caso realmente queira suspender essa exigibilidade (para fins de evitar inscrição em

dívida ativa, para assegurar ao cliente o direito de acesso a certidões com efeito de negativas caso haja a inscrição, para evitar execução fiscal etc.), deve, necessariamente, pleitear, incidentalmente, nos autos, o deferimento da liminar para fins de suspender a exigibilidade nos termos do art. 151, IV, do CTN. Mesmo que tenha sido deferida a liminar que eventualmente se tenha pleiteado na petição inicial, nos parece inconteste que essa liminar não terá o condão de determinar a suspensão da exigibilidade do crédito, afinal, o conteúdo do provimento jurisdicional que fora deferido liminarmente não era esse; a medida liminar pleiteada na inicial, caso deferida, não foi concedida para fins de suspender a exigibilidade do crédito, já que sequer existia crédito naquele momento. Portanto, cremos, pelo menos sob uma análise fria e formalmente técnica, que seria necessário pedir uma nova medida, a qual, nesse momento, teria os efeitos próprios de uma liminar concedida em um MS Repressivo (afinal, nesse momento já se teria um ato coator praticado, já haveria exigibilidade do crédito, risco de inscrição em dívida ativa, de ajuizamento de execução fiscal etc.).

6.2.3. Liminar nos mandados de segurança em face de ato coator de inscrição indevida em dívida ativa, em face de ato coator de apreensão de mercadoria por conta de inadimplemento e de interdição de estabelecimento em decorrência de inadimplemento. MS repressivo e MS preventivo. As diferenças em relação à medida liminar em ambos os casos

Diferentemente do narrado no tópico antecedente, quando o ato coator é diferente do ato de promoção de lançamento, os efeitos da liminar em sede de MS Repressivo, assim como a sua própria finalidade, mudam. É que não mais haverá de se curvar à peculiar particularidade de que o risco de consumação da decadência legitima a prática do ato de lançamento. Ou seja, não mais existindo essa característica singular, inexiste razão para negar a liminar deferida no MS preventivamente impetrado o seu natural efeito impeditivo, por força do qual se obstará a prática do ato coator.

Nesse linear, cogitemos de três perfis de atos que não raramente a Administração Pública promove, todos eles viciados. O primeiro deles, o de promover em erro uma inscrição em dívida ativa de certo débito que não existe; num segundo exemplo, imaginemos autoridades fiscais promovendo interdições de estabelecimentos dos contribuintes sob a alegação de que, por estarem inadimplentes com seus débitos, não podem continuar a exercer suas atividades; por fim, um terceiro exemplo fático, semelhante ao segundo, em que a medida abusiva seria a de apreensão de bens do contribuinte pelas mesmas razões (mero inadimplemento).

Nos três exemplos acima, não há dúvidas de que, caso a impetração do Mandado de Segurança se desse após a consumação de tais atos, a finalidade pretendida com a liminar seria a de reverter tais efeitos de imediato; em tais hipóteses, permitir-me-ia afirmar que o efeito buscado não seria apenas o de “suspender” o ato, mas sim o de **reverter os efeitos do ato em caráter imediato**. É que, perceba-se, um ato determinando que ele não produza novos efeitos não necessariamente é sinônimo de reverter de plano os efeitos já consumados. E é nesse sentido que sustentamos que o efeito que normalmente se chama de “suspensivo” é, na verdade, um **efeito reversivo**, sendo certo que o que realmente se pretende em tais situações é a **reversibilidade imediata** dos efeitos decorrentes do ato coator. Na linha dos três exemplos dados, buscar-se-ia, com a liminar deferida na impetração

repressiva, ora o cancelamento do termo de inscrição em dívida ativa, ora o restabelecimento do funcionamento do estabelecimento, ora a reintegração imediata na posse dos bens apreendidos.

Já, noutra frente, em se tratando de impetração preventiva, a medida liminar almeja **impedir a prática de tais atos**, de modo que realmente ficarão os mesmos obstados de se consumar caso seja concedida a segurança liminarmente, e, sem dúvidas, a desobediência a tal vedação configurará pratica de violação a ordem judicial, imputando contra o agente responsável as responsabilizações decorrentes de tal comportamento.

A conclusão a que se chega é que, **nesses perfis de ato coator, a finalidade das liminares em sede de MS Repressivo é a busca do efeito de reversibilidade, porquanto no MS Preventivo é a busca do efeito impeditivo**. Em ambos os casos, é evidente que o provimento jurisdicional liminarmente concedido produz, cumulativamente, o **efeito declaratório**, ínsito em todo e qualquer provimento jurisdicional, precário ou definitivo. Relembramos, ainda, nos termos das lições ensinadas no tópico anterior relativo a MS's impetrados em face de atos de lançamentos, que, quando se trata de MS Repressivo atacando tais atos de cobrança, a liminar tem por finalidade o **efeito suspensivo**, e, sendo caso de MS Preventivo, almeja-se exclusivamente o **efeito declaratório**.

6.2.4. Da possibilidade de exigência de garantia como condição para o deferimento da liminar

Um dos mais importantes aspectos referentes às liminares em sede de Mandado de Segurança, e que traduz inovação propiciada pela Lei 12.016/2009, consiste na possibilidade de o magistrado condicionar o deferimento da medida emergencial ao oferecimento de uma garantia. Noutras palavras, pode o Juiz, para conceder a liminar, exigir que o impetrante ofereça uma garantia em favor da fazenda pública. Nesses termos, está legitimada a autoridade julgadora e exigir a medida de contracautela, somente deferindo o pedido de concessão da liminar caso o autor da ação ofereça garantia, a qual deve ser disponibilizada por uma das três formas que o legislador autorizou, quais sejam, o oferecimento de **depósito**, ou de **fiança** ou **caução**.

A previsão de tal possibilidade resta prevista no art. 7.º, III, da Lei 12.016/2009 e é importante registrar que o Juiz não é obrigado a impor tal exigência, sendo certo realmente que se trata de uma "possibilidade", e não de uma obrigação. É dizer, podem os magistrados, tranquilamente, conceder as liminares sem que exijam dos impetrantes tal medida, sendo que será no caso concreto que o magistrado valorará a necessidade ou não de condicionar a concessão da tutela emergencial ao oferecimento da garantia.

Segundo asseverou o legislador, a razão inspiradora da novel norma reside na intenção de evitar que o Estado possa sofrer eventuais prejuízos de natureza patrimonial por força do deferimento da medida liminar. Nesse sentido, a garantia atuaria como ferramenta hábil a assegurar o ressarcimento relativo a danos que fossem causados à fazenda por força de ter o administrado se beneficiado indevidamente de um provimento judicial que viesse a lhe favorecer de modo indevido. Não por acaso o texto legal assevera que o Juiz pode deferir a liminar "sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica".

Para condicionar a liminar a tal medida, por certo o Juiz observará no caso concreto se realmente

existe esse risco de se materializar um dano à Administração, bem como, possivelmente, avaliará o perfil do impetrante para analisar se seria realmente viável condicioná-lo a tal feito, já que, a depender de quem seja o impetrante, impor tal exigência poderia significar a total impossibilidade de se obter a medida liminar (imagine-se o exemplo de impetração de MS por um contribuinte pessoa física, assalariado com baixa renda e desprovido de forças patrimoniais; em tal hipótese, exigir a contracautela como condição para deferir a liminar seria o mesmo que negar a liminar, já que esta restaria inacessível).

Mesmo respeitando os que sustentam em contrário, parece-nos claro que a real intenção do legislador foi a de permitir que os magistrados defiram a liminar em hipóteses em que possivelmente não a concederiam, possivelmente por não terem a convicção quanto à certeza do bom direito do impetrante. Em tais situações, sabemos todos, dificilmente um magistrado concede uma liminar contra a fazenda pública. Na dúvida, realmente sem uma convicta certeza de que existe fundamento relevante na tese sustentada pelo impetrante, é raro que um Juiz conceda uma tutela de urgência contra o Estado. Só que às vezes, em tais circunstâncias, pode ocorrer que o Juiz perceba que existe sim o *periculum in mora*, de sorte que, caso realmente o direito do impetrante exista, ele poderia sofrer prejuízos de difícil ou incerta reparação caso a liminar não fosse imediatamente deferida. E é exatamente para situações como essas, para permitir que o Juiz possa conceder a liminar, evitando o prejuízo do impetrante, mesmo não tendo a certeza do seu bom direito, que o legislador veio a permitir que o Juiz condicione seu provimento jurisdicional a essa contraprestação. Desse modo, protege, de um lado, o interesse do impetrante, concedendo a liminar e suspendendo de imediato o ato coator; e, de outro lado, assegura em favor da fazenda uma garantia para que, caso perceba ao final que o impetrante não tinha o melhor direito ao seu lado e venha a negar a segurança no julgamento definitivo, possa ficar preservada a administração pública, tendo na garantia um meio de ressarcimento direto dentro do próprio processo.

É evidente que, para o impetrante, a exigência da garantia não é oportuna. Ainda que para alguns, em razão de um eventual bom perfil econômico, seja viável oferecer a medida de contracautela, não há dúvidas de que ela não é desejada pelo autor da ação. No mínimo, trata-se de exigência indesejada, por certo desagradável, possivelmente inoportuna e, talvez, insuportável. E é por isso que já se tornou da *práxis* a postura de na própria petição inicial o advogado já formalizar o pedido de que a liminar seja deferida ***independente de fiança, caução ou depósito***.

Em face de todo o exposto, aconselho os candidatos, na redação de suas petições iniciais quando da realização de provas, a pedirem que o Juiz não exija a medida de contracautela como condição para conceder a liminar. Noutras palavras, recomendo que peçam a ***liminar sem necessidade de fiança, caução ou depósito***.

6.2.5. Dos casos em que a lei veda a liminar no âmbito das relações tributárias

O art. 7.º, § 2.º, da Lei 12.016/2009 apresenta algumas situações fáticas em que fica **vedada a concessão de medida liminar**. Trata-se de hipóteses em que nem sequer será valorada a existência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Noutras palavras, é dizer, mesmo que haja fundamento

relevante e que a medida possa se tornar ineficaz caso somente deferida ao final, ainda assim não se poderá antecipar a concessão da segurança, já que, nessas hipóteses, a lei veda seu deferimento em sede liminar. E, no rol das hipóteses ali listadas, duas delas são pertinentes à seara tributária, conforme comentamos nas linhas a seguir.

A primeira dessas hipóteses é aquela em que o contribuinte está importando bens do exterior e as mercadorias importadas são apreendidas na repartição aduaneira. Independente da razão que tenha impulsionado a apreensão dos bens, a se levar em conta a literalidade do texto legal, não caberá a concessão da liminar para a liberação deles. O legislador não fez qualquer distinção. Não condicionou a aplicação da norma legal proibitiva de deferimento da liminar a um determinado motivo específico que tenha justificado sua apreensão. O que permitiria, pelo menos sob o ângulo de uma interpretação meramente literal, entender que tal vedação se aplicaria também nas hipóteses em que a razão da apreensão fosse a prática de sonegação fiscal, não se recolhendo os tributos incidentes sobre a importação, destacando em especial as situações de entrada ilícita de mercadorias no país.

Não há dúvida de que a apreensão de mercadorias importadas pode se dar por diversos motivos, inclusive de razões ligadas a fatos penais. Todavia, é certo que, em muitas das situações em que o ato de retenção dos bens se materializa, pode ocorrer o exercício de práticas abusivas e autoritárias por parte dos agentes que atuam nas zonas de fronteira, o que enseja o manejo do Mandado de Segurança para buscar a liberação dos bens travados na aduana. Apesar, a se aplicar a ferro e fogo a norma legal, do jeito que foi textualizada no § 2.º do art. 7.º da Lei 12.016/2009, não poderá o magistrado, antes de julgar em definitivo o mérito, liberar tais bens em sede liminar.

A questão permite críticas e incita reflexões, o que não passa sem chamar a atenção deste autor. Somos dos que vêm sustentando que o texto comporta interpretação restritiva para que se flexibilize a aplicação da norma, especialmente quando se trate de situações em que os bens importados apreendidos sejam destinados a um uso imediato e em contextos que envolvam a tutela da pessoa humana (ex.: importação de medicamentos, de equipamentos a serem utilizados numa intervenção cirúrgica, o vestido da noiva em véspera da cerimônia nupcial etc.), e desde que não haja indícios concretos que suscitem a prática de crime. Em quadros fáticos de tal moldura acreditamos que deveria se admitir a concessão da liminar para ordenar o cancelamento imediato da medida de apreensão, determinando a liberação do bem.

Apesar da ponderação supracolocada, entendemos que, para fins de uma prova, é arriscado sustentar a aplicação de entendimento não amparado na lei, e, sendo mais preciso, entendimento que, *a priori*, colide com a lei. Nesse prumo, nos parece mais razoável reconhecer que não cabe medida liminar para liberar mercadoria importada, ainda que, por outro lado, saibamos não ser ilícito o advogado pedir ao Juiz que a conceda, arriscando um ganho no feito.

A segunda hipótese de vedação legal de concessão da medida liminar e que se desdobra no *habitat* fiscal é aquela relativa aos MS’s que se impetram pleiteando ordem judicial que determine se proceda à avaliação de pedido administrativo de compensação, nos casos em que as autoridades administrativas recusam a apreciação a tais pedidos por entenderem não estarem amparados nos

limites legais autorizativos do acesso ao procedimento de compensação. Como sabido, a compensação tributária só é admissível nos estritos limites determinados pelo legislador, sendo que, muitas vezes, a interpretação das leis que regem a matéria desfia divergências de compreensão entre os contribuintes e o fisco, o que faz com que, em algumas situações, a fazenda vede o acesso ao procedimento por entender não se tratar de hipótese de cabimento, no que, quando o contribuinte discorda, ele impetra o Mandado de Segurança para tentar a ordem judicial que determine se admita o acesso ao procedimento compensatório. O tema será abordado com mais especificidade em tópico próprio nesta obra, sendo que, desde logo, lembramos que, em sede de tais Mandados de Segurança, o Juiz não pode, em sede liminar, ordenar que se admita o pedido de aplicação do procedimento administrativo em que se pleiteia a compensação, somente sendo viável tal determinação com o julgamento definitivo de mérito. Ainda que caiba o MS, não cabe a liminar. Vale conferir as Súmulas 212 e 213 do STJ.

Oportuno acrescer que essas mesmas situações em que se veda a concessão da liminar em sede mandamental recebem, também por força da Lei do MS, proibição de que se conceda antecipação de tutela em sede de ação ordinária. Ou seja, o legislador, ao redigir o microssistema normativo especial regente do Mandado de Segurança, foi além do que seria apenas vedar a concessão da liminar no bojo dos MS's, determinando a aplicação da mesma norma também no que diz respeito às ações ordinárias, conforme se depreende da leitura do § 5.º do próprio art. 7.º da Lei. Aproveitamos, portanto, para transcrever os dois parágrafos apreciados nesse tópico, o segundo e o quinto, do mencionado artigo da lei, com grifo de nossa autoria:

> § 2.º **Não será concedida medida liminar** que tenha por objeto a **compensação de créditos tributários**, a entrega **de mercadorias e bens provenientes do exterior**, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.
>
> (...)
>
> § **5.º** As **vedações relacionadas com a concessão de liminares** previstas neste artigo **se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461** da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – **Código de Processo Civil**.

7. DOS ARTIGOS DE FUNDAMENTAÇÃO DO AJUIZAMENTO

Quando da redação da petição inicial, o advogado deve, certamente, indicar os dispositivos legais que embasam o direito de ajuizamento da ação que ora se está a propor. E em sede de Mandado de Segurança não é diferente. Devem ser citados no corpo da peça vestibular todos os artigos de maior relevo que legitimam a impetração. E, em observação especial, destinada aos candidatos que realizarão provas em Concursos Públicos ou no Exame de Ordem, acresço que é oportuno que citem com atenção todos esses artigos. Inclusive, registro que, para fins de recomendação destinada aos que realmente farão provas, indicarei, aqui, que insiram outros artigos na sua fundamentação legal de ajuizamento, os quais serão úteis para demonstrar tópicos importantes que deverão ser inseridos ao longo da petição, especialmente no tópico referente aos "pedidos".

Os primeiros artigos a destacar são, sem dúvida, os artigos emanados da Constituição. Nesse

sentido, sempre que se tratar de impetração de **Mandado de Segurança Individual** (seja preventivo ou repressivo), deve ser inserido **art. 5.º, LXIX, da CRFB/1988**, porquanto, caso se trate de impetração de **Mandado de Segurança Coletivo**, deve-se modificar o inciso do mesmo nobre artigo constitucional, citando-se o **art. 5.º, LXX**, da Carta Mãe. Ainda na órbita constitucional, é fundamental, nas hipóteses de impetração de MS no STF, no STJ ou no TRF. Dessa forma, sempre que for o caso, deverá o candidato fazer expressa menção na sua petição aos respectivos artigos definidores da regra especial de competência originária nos respectivos tribunais **(art. 102, I, "d"** no caso de impetração no **STF**, assim como **art. 105, I, "b"** no **STJ** e, por fim, **art. 108, I, "c"** na hipótese de propositura no **TRF**).

Depois de feitas as referências aos dispositivos constitucionais, o próximo passo é o de fazer citações à legislação infraconstitucional. Nesse prumo, as menções devem ser feitas em relação à **lei geral** (CPC) e à **lei especial relativa à matéria** (Lei do Mandado de Segurança – Lei 12.016/2009). Nesse compasso, o candidato deve fundamentar sua impetração nos **arts. 282 e 283 do CPC**. O primeiro, por ser o estatuto normativo geral referente às petições iniciais em geral; o segundo, por ter total adequação a ações como o MS, pelo fato de fazer alusão à juntada obrigatória de documentos na petição.

Quanto à **Lei 12.016/2009**, o artigo basilar que faz referência à petição inicial é o **art. 6.º**, não restam dúvidas. Todavia, alguns outros artigos são importantes e merecem citação. Pelo menos para fins de realização de provas. Comentemos.

Sendo caso de impetração de **Mandado de Segurança Coletivo**, aconselhamos o candidato a citar sempre os **arts. 21 e 22 da Lei 12.016/2009**. Eles se harmonizam com o **art. 5.º, LXX, da Constituição**. Logo, independente de o candidato citar ou não os demais dispositivos que recomendaremos, orientamos a jamais abdicarem de citar, pelo menos, os arts. 6.º, 21 e 22 da Lei 12.016/2009, juntamente, é claro, com o art. 5.º, LXX, da CRFB/1988, nos casos de impetração coletiva.

Tanto no MS Preventivo como no Repressivo entendemos ser **fundamental** fazer referência aos **arts. 7.º e 12 da Lei 12.016/2009**. O art. 7.º, por determinar o comportamento a ser adotado pelo Juiz após deferir a petição inicial, termina por indicar, **nos seus três incisos**, aqueles que, na verdade, são **três pedidos essenciais a serem formalizados na petição**. Quanto a esses pedidos, o pedido narrado no inciso primeiro é o de que o Juiz expeça a notificação à autoridade coatora para que preste esclarecimentos; no inciso segundo, o que dê ciência à Procuradoria para que possa apresentar defesa; por fim, o inciso terceiro é o dispositivo que embasa o pedido de deferimento da segurança em sede liminar. Já o **art. 12** é o sítio legal que faz alusão ao dever de se **intimar o Ministério Público**, o que também indica um **pedido a ser redigido na petição inicial**. Ora, dessa feita, para fins de prova, é oportuno que o candidato cite o **art. 7.º, I, II e III**, bem como o **art. 12**, feitas apenas **duas ressalvas**. A primeira no sentido de que, **caso se trate de situação em que é vedado o deferimento da medida liminar (art. 7.º, § 2.º), não se deve fazer referência ao inciso III** (afinal, se não será pleiteada a liminar – por ser vedado –, não faz sentido citar um inciso que embasa esse pedido, o qual não será feito); a segunda ressalva no sentido de que **nos casos de MS**

Preventivo o inciso I não tem adequação, já que **não há autoridade coatora a ser notificada**.

A conclusão a que se chega em relação aos arts. 7.º e 12 é que **o candidato sempre deverá citá-los**, apenas ocorrendo temperamentos em relação aos incisos I e III (o inciso II, com certeza, sempre será citado, seja caso de MS Preventivo ou Repressivo); como regra, citará o inciso III (pois, como regra, pedirá a liminar); somente será desnecessária a citação do inciso I nos casos de MS Preventivo, sendo certo que **no MS Repressivo sempre devem ser citados os incisos I e II do art. 7.º, e, não sendo vedada a liminar, deve necessariamente ser incluído também o inciso III**.

Observe-se, recapitulando, que, após citar os artigos da Constituição, bem como os arts. 282 e 283 do CPC, o candidato deverá citar os arts. 6.º, 7.º e 12 da Lei 12.016/2009, sendo que, caso se trate de MS Coletivo, citará também os arts. 21 e 22. Quanto ao art. 7.º, sendo a impetração repressiva e não sendo um dos raros casos de vedação de concessão da liminar, citará os três incisos do art. 7.º; sendo situação em que não cabe a liminar (por força da vedação do art. 7.º, § 2.º), fará alusão apenas aos incisos I e II; em se tratando de impetração preventiva, não precisa citar o inciso I, valendo a mesma observação feita para a impetração repressiva quanto ao inciso III.

Por fim, acresça-se que, **caso se trate de MS Repressivo**, é de bom grado que se faça referência ao **art. 23 da Lei 12.016/2009**, o qual faz alusão à **tempestividade**, trazendo a regra temporal que estipula o prazo de 120 dias para legitimar a impetração. Rememore-se que, nos casos de ajuizamento preventivo, resta inadequada a referência ao artigo em apreço, já que não se fala de tempestividade na impetração prévia.

Registro, a título ilustrativo, nas linhas a seguir, exemplos de fundamentações legais de ajuizamento para fins de que vocês possam tomar notas e treinar para situações de prova.

EX. 1: MS INDIVIDUAL REPRESSIVO COM PEDIDO LIMINAR

• Art. 5.º, LXIX, da CRFB/1988, arts. 282 e 283 do CPC, bem como arts. 6.º, 7.º, I, II e III, 12 e 23 da Lei 12.016/2009.

EX. 2: MS COLETIVO REPRESSIVO COM PEDIDO LIMINAR

• Art. 5.º, LXX, da CRFB/1988, arts. 282 e 283 do CPC, bem como arts. 6.º, 7.º, I, II e III, 12, 21, 22 e 23 da Lei 12.016/2009.

EX. 3: MS INDIVIDUAL REPRESSIVO SEM PEDIDO LIMINAR

• Art. 5.º, LXIX, da CRFB/1988, arts. 282 e 283 do CPC, bem como arts. 6.º, 7.º, I e II, 12 e 23 da Lei 12.016/2009.

EX. 4: MS INDIVIDUAL PREVENTIVO COM PEDIDO LIMINAR

• Art. 5.º, LXIX, da CRFB/1988, arts. 282 e 283 do CPC, bem como arts. 6.º, 7.º, II e III, e 12 da Lei 12.016/2009.

EX. 5: MS COLETIVO PREVENTIVO SEM PEDIDO LIMINAR

• Art. 5.º, LXX, da CRFB/1988, arts. 282 e 283 do CPC, bem como arts. 6.º, 7.º, I, II e III, 12, 21, 22 e 23 da Lei 12.016/2009.

EX. 6: MS INDIVIDUAL REPRESSIVO COM PEDIDO LIMINAR NO STF

• Art. 5.º, LXIX, da CRFB/1988 c/c art. 102, I, "d", da CRFB/1988, arts. 282 e 283 do CPC, bem como arts. 6.º, 7.º, I, II e III, 12 e 23 da Lei 12.016/2009.

EX. 7: MS COLETIVO PREVENTIVO COM PEDIDO LIMINAR NO STJ

• Art. 5.º, LXX, da CRFB/1988 c/c art. 105, I, "b", da CRFB/1988, arts. 282 e 283 do CPC, bem como arts. 6.º, 7.º, II e III, 12, 21 e 22 da Lei 12.016/2009.

EX. 8: MS COLETIVO REPRESSIVO COM PEDIDO LIMINAR NO TRF

• Art. 5.º, LXX, da CRFB/1988 c/c art. 108, I, "c", da CRFB/1988, arts. 282 e 283 do CPC, bem como arts. 6.º, 7.º, I, II e III, 12, 21, 22 e 23 da Lei 12.016/2009.

8. DA ESTRUTURA DA P2 (PARTE 2 DA PETIÇÃO INICIAL)

A "P2 – Parte 2" da nossa Petição Inicial é aquela em que se concentram os três tradicionais tópicos que fazem alusão à ***causa de pedir*** (próxima e remota) e ao ***pedido***. Nesse viés é que redigimos na P2 os itens **"dos fatos", "do direito" e "do pedido"**. Alguns comentários precisam ser carinhosamente registrados aqui.

Primeiramente, é de prenotar que, no item **"dos fatos"**, tais fatos residem exatamente na materialização do ato coator (nos casos de MS Repressivo) ou no risco real e concreto de que ele venha a se consumar (nos casos de MS Preventivo). No primeiro caso (ato coator já consumado), já se tem uma autoridade coatora, porquanto na segunda situação ainda não. Na hora de redigir a petição inicial, aconselho que o candidato faça, nesse tópico da sua peça processual, uma expressa referência ao ato coator praticado (ou em vias de se praticar), deixando claramente registrado de que ato se trata; afinal, reitere-se, ***esse é o fato principal inspirador da impetração***, estando a causa de pedir fundada nesse evento. Indo além, em se tratando de MS repressivo, entendo que o candidato deve, ainda, ter o zelo de especificar a autoridade coatora, seguindo a norma do art. 6.º da Lei 12.016/2009. Dessa feita, a título sugestivo, poderia ser escrita a intitulação do tópico inaugural da P2 da seguinte forma:

Ex. 1: MS REPRESSIVO

DOS FATOS. DO ATO COATOR, DA AUTORIDADE COATORA E DO ÓRGÃO / PESSOA JURÍDICA A QUE SE VINCULA

Ex. 2: MS PREVENTIVO

DOS FATOS. DO ATO COATOR EM VIAS DE SER PRATICADO. DO ENTE FEDERATIVO

Na sequência, antes do item referente ao **"do direito"** (em que se apresentam as fundamentações jurídicas lastreadoras do pedido principal e complementa a *causa de pedir*), orientamos que o candidato insira mais **dois tópicos especiais em caso de MS Repressivo** e, se for o **caso de MS Preventivo, um tópico especial**. Trata-se do tópico referente à **prova pré-constituída** (que deve ser inserido tanto na petição do MS Repressivo como na do MS Preventivo) e, nos casos de MS Repressivo, o tópico referente à **"tempestividade da impetração"**.

No item referente à prova pré-constituída, deve o candidato registrar em sua petição que é totalmente desnecessária a dilação de provas no curso do processo e que todas as que são vitais para comprovar o cabimento da impetração restam anexadas documentalmente. Deve, inclusive, informar que o "doc. ..." segue anexo com tais documentos probatórios.

Como já exposto em tópico anterior deste Capítulo, em caso de **MS Repressivo**, o objeto de tal produção pré-constituída de provas consiste no seguinte:

a) o advogado deve provar que o ato coator realmente aconteceu;

b) deve provar que os efeitos decorrentes do ato atingem o impetrante em direito que ele alega ter;

c) o direito alegado deve ter um mínimo de sustentabilidade aparente;

d) deve provar que esse suposto direito alegado é de titularidade do impetrante.

Em se tratando de impetração preventiva, a sutil mudança vem no sentido de que não se deve provar que o ato "já ocorreu", o que seria impossível (não há como provar a ocorrência de algo que não aconteceu), mas sim que ele está em vias concretas de se materializar. E, aqui, rememoro que deve haver especial carinho da condução dessa prova, para que não se cometa o erro de deixar parecer que a impetração é meramente contra uma lei em tese, o que torna inadmissível o MS Preventivo, vide a já citada **Súmula 266 do STF**. O advogado deve deixar claro que o ato temido **realmente está em vias concretas de se materializar**.

Em ambos os casos, tanto de impetração preventiva como repressiva, lembro que a existência de controvérsia jurídica sobre a tese alegada não impede a impetração, como já devidamente demonstrado e explicado tópicos *in retro*, e nos termos da festejada **Súmula 625 do STF**.

Quanto ao item da **tempestividade**, peculiar apenas ao **MS repressivo**, entendemos ser de bom grado que, para fins de uma prova de concurso ou Exame de Ordem, o candidato faça expressa referência ao tema. Trata-se de uma das especiais situações em que o legislador estabelece prazo para o cabimento do ajuizamento da ação e cremos que é sempre oportuno que o candidato prestigie tal singular característica, abrindo tópico específico para tecer comentários precisos e objetivos, curtos, assertivos, apenas afirmando que o prazo existe, que está previsto na lei (quando então **deve citar o art. 23 da Lei 12.016/2009** de forma expressa) e então **afirmar que a impetração se dá dentro do prazo**. Recomendo, ainda, que cite nesse item da sua petição que o STF entendeu que tal regra de fixação de prazo é constitucional, o que afastou a tese alegada por parte da doutrina da incompatibilidade dessa regra com o art. 5.º da CRFB/1988. Válida a breve citação da **Súmula 632 do STF** nesse item da petição.

Depois da inserção, em caso de MS Repressivo, desses três primeiros tópicos **("Dos fatos. Do ato coator, da autoridade coatora e do órgão / pessoa jurídica a que se vincula; Da Tempestividade; Da Prova Pré-Constituída")**, deve o redator da petição inicial inserir o tópico referente ao "do direito", sempre lembrando que nos casos de impetração preventiva não se deve colocar tópico algum referente à tempestividade.

Ao fazer a inserção do item "do direito", pode seguir o tradicional jargão da práxis e escrever **"Do Direito Líquido e Certo não amparável por *Habeas Data* ou *Habeas Corpus*"**.

Após o mencionado item, **deve inserir o tópico referente ao pedido da liminar**, quando então tecerá todos os comentários necessários a respeito desse pedido e registrará a formulação deste. Somente após o tópico da liminar é que abrirá o tópico derradeiro da "P2", e fará todos os pedidos necessários, inclusive reafirmando o pedido de deferimento da liminar.

No tópico referente à liminar, é importante se atentar a todas as considerações que foram tecidas nas explicações anteriormente registradas aqui nesta obra, nos itens anteriores. Nesse tópico, o candidato deve requerê-la, afirmando estarem observadas todas as exigências legais impostas no art. 7.º, III da Lei 12.016/2009 (e deve citar **expressamente** o referido comando legal); depois deve especificar esses dois requisitos, escrevendo-os na sua peça processual e afirmando estarem ambos

presentes (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), no que pedimos especial atenção para que **não deixem de afirmar que na situação fática é visível o *fumus boni iuris* e que há perceptível *periculum in mora***; após, aconselho que o candidato informe qual é o dano que seria suportado pelo impetrante caso a liminar não fosse deferida, quando estará especificando o conteúdo do *periculum in mora* (se não souber, pela falta de dados na questão, deve afirmar que "o dano a ser suportado é o dano ..."); após, **deve indicar a finalidade da liminar** (ex.: no caso de MS Repressivo em face de lançamento, deve afirmar que a liminar é pretendida para fins de suspender a exigibilidade com crédito tributário, nos termos do art. 151, IV do CTN, impedindo ajuizamento de execução fiscal e assegurando o acesso na Administração Tributária a certidões que não sejam positivas caso necessário requerê-las); no passo subsequente **deve pedir que a liminar seja deferida sem a necessidade de caução, fiança ou depósito**; por fim, deve reafirmar o pedido de deferimento da liminar pleiteando que ela não somente seja deferida como seja mantida até o final do processo. Sintetizando a escrita de tal tópico na petição, o passo a passo é o seguinte:

a) **primeiramente**, na abertura do tópico, o candidato deve pedir a liminar, **afirmando estarem observados todos os requisitos necessários** para seu deferimento, **citando o art. 7.º, III, da Lei 12.016/2009**;

b) **o segundo passo** é o de especificar o primeiro dos dois requisitos fundamentais de observância necessária para que caiba o deferimento do pedido de concessão da liminar, qual seja, o ***fumus boni iuris***; o candidato **deve afirmar expressamente que "existe fundamento relevante", estando presente o *fumus boni iuris***;

c) **o terceiro passo** é o de citar o segundo requisito, qual seja, o ***periculum in mora***, afirmando estar ele presente, registrando que, **caso a liminar não seja deferida, o impetrante poderá suportar dano de difícil ou incerta reparação**, pelo que **deve o candidato escrever que "a medida se tornará ineficaz caso somente deferida ao final"**, exatamente de acordo com o descrito no inciso III do artigo 7.º da lei;

d) **o quarto passo** é o de **indicar qual é o dano que será suportado caso a liminar não seja deferida** (caso o enunciado da questão informe esse dano, deve-se transcrevê-lo; do contrário, deve citá-lo em abstrato, fazendo uso das reticências);

e) **o quinto passo** reside em **indicar a finalidade da liminar**, o que é de suma importância para fins de prova, sendo critério altamente factível de pontuação nos espelhos formulados pelas comissões examinadoras;

f) **o sexto passo** consiste em **pedir que a liminar possa ser deferida sem a necessidade de fiança, caução ou depósito**, afirmando que tal condicionamento seria inoportuno para o impetrante, quiçá insuportável;

g) **o sétimo e último passo** é o de **reafirmar o pedido de deferimento da liminar e sua**

manutenção até o final do processo.

Na redação do aludido tópico da petição, o qual, por certo, toma boa parte de uma página, aconselhamos que o candidato abra um parágrafo para cada um dos sete passos capitais, redigindo esse tópico na sua petição mediante a estruturação de sete parágrafos.

Findo o item da liminar, deve o redator da peça vestibular **elaborar o tópico dos pedidos**, no que concluirá a P2. Sobre o referido tópico **"Dos Pedidos"**, teceremos comentários no item seguinte, destinado especificamente a orientar o candidato na elaboração da sua redação. Optamos por escrevê-lo em apartado para que possamos registrar todos os comentários necessários a respeito do tema, já que o referido tópico é um dos mais importantes da petição, e, sem dúvidas, atrai sensível pontuação nas provas.

Finda a P2, deve o candidato concluir sua petição elaborando a P3, parte que realmente atua com a função de fazer o fechamento da peça processual inaugural. Na P3, deverá abrir o tópico do **valor da causa**, e, depois, registrar o cordial **pedido de deferimento final** ("nesses termos, pede deferimento"), inserindo o item **"Local ... Data ..."** e o item **"Advogado ... OAB ..."**, jamais assinando seu nome (para não se identificar para a Banca Examinadora, o que possibilitaria sua exclusão sumária do certame).

Fica, por fim, a título sugestivo, um modelo de como redigir os tópicos da P2 e da P3, destinados para o MS repressivo e para o MS Preventivo:

Ex. 1: MS REPRESSIVO
I – DOS FATOS. DO ATO COATOR, DA AUTORIDADE COATORA E DO ÓGÃO / PESSOA JURÍDICA A QUE SE VINCULA

II – DA TEMEPSTIVIDADE

III – DA PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA

IV – DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO

V – DA LIMINAR SEM NECESSIDADE DE FIANÇA, CAUÇÃO OU DEPÓSITO

VI – DO PEDIDO
Dá-se à causa o valor de R$ ... (CPC, arts. 258 a 261)

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

Ex. 2: MS PREVENTIVO
I – DOS FATOS. DO ATO COATOR EM VIAS DE SER PRATICADO. DO ENTE FEDERATIVO

II – DA PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA

III – DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO

IV – DA LIMINAR SEM NECESSIDADE DE FIANÇA, CAUÇÃO OU DEPÓSITO

V – DO PEDIDO
Dá-se à causa o valor de R$ ... (CPC, arts. 258 a 261)

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

9. DOS PEDIDOS

Neste tópico, passamos a explicar o rol de pedidos que devem ser formalizados no texto da petição inicial, bem como tecemos algumas orientações sobre pedidos que **não devem ser feitos** na petição.

O primeiro ponto a destacar é aquele que se revela atinente à diferença central entre os pedidos iniciais acessórios que se fazem na petição do MS, diferenciando-os daqueles que se fazem nas petições redigidas para ajuizamento de ações ordinárias. Nesse prumo, é essencial prenotar que, em sede de MS, deve o redator da petição abdicar da tríade ordinária de "pedidos genéricos" que normalmente se redigem nas ações ordinárias de defesa do contribuinte (Anulatória, Declaratória, Repetitória, Consignatória), quais sejam, os pedidos de **citação do réu, permissão para a produção de provas e condenação em honorários advocatícios** (ainda que seja devido pedir a condenação em custas processuais). Logo, o ponto de partida da explicação é registrar que, em sede de MS, quebramos o padrão ordinário que viemos adotando quando do ensinamento da elaboração dos pedidos nas ações ordinárias. Em sede mandamental, não é oportuno que se redijam tais pedidos, por questões óbvias a seguir comentadas.

Em vez desses três clássicos pedidos, peculiares às petições em ações ordinárias, o advogado deve redigir **outros três pedidos**, os quais, na verdade, são **próprios da petição inicial do Mandado de Segurança**, adequando-se ainda a outras poucas ações de perfil peculiar (como é, à guisa de exemplo, dentro de sutis adequações, o caso do *Habeas Data*). Por meio desses três pedidos, busca-se trazer para o *habitat* do processo o rol de pessoas / órgãos que devem ser convocados ao feito. Nesse viés, redigir-se-ão os pedidos que se harmonizam com o disposto nos **arts. 7.º, I e II, e 12 da Lei 12.016/2009**. Assim sendo, requerer-se-á que o Juiz proceda à **notificação da autoridade coatora para fins de prestar esclarecimentos** (art. 7.º, I), que possa o magistrado ordenar que **se dê ciência ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada** (intimação da Procuradoria – art. 7.º, II) e, ainda, que se **intime o Ministério Público para ingressar no feito** (art. 12).

Quanto aos três pedidos acima indicados, é sempre oportuno lembrar que, conforme já ante exposto e fundamentado, não é necessário formalizar o pedido do art. 7.º, I, quando se trate de MS Preventivo, afinal, ainda não existe autoridade coatora. Não obstante, na prática, tem sido comum que se formalize esse pedido nas petições, pelo simples fato de se crer que a lei assim exigiria. Para fins de prova, formalizar esse pedido é algo que cremos que não causaria prejuízos ao candidato (cremos que não se perderia ponto por se fazer esse pedido / obs.: é apenas uma opinião!), ainda que, reiteramos, não seja necessário e sequer adequado.

Perceba-se, portanto, desde logo, quanto ao item referente aos pedidos, a visível diferença entre as ações ordinárias e o Mandado de Segurança. Naquelas, nãos e fazem esses três pedidos que nesse são necessários, assim como, nesse, não se redigem aqueles três pedidos que naquelas ações são de

necessária redação.

Registre-se, desde já, que **não se deve, em hipótese alguma, requerer permissão para a produção de provas**. Evidentemente que tal pedido é completamente inadequado, já que em sede de MS **não se admite dilação probatória**, devendo ser as provas totalmente **pré-constituídas**.

Outro ponto super importante, e também referente a mais um pedido que em hipótese alguma deve ser formulado, diz respeito aos **honorários sucumbenciais, os quais jamais devem ser requeridos na prova**, já que são **legalmente vedados** (art. 25 da Lei 12.016/2009), vedação essa acompanhada na jurisprudência dos Tribunais de Superposição (Súmula 105 do STJ e Súmula 512 do STF).

Em relação à **sucumbência**, é importante frisar que **a vedação é referente apenas aos honorários advocatícios, mas não às custas processuais**. Nesse compasso, o que não se deve pedir é a condenação da impetrada ao pagamento de honorários advocatícios, mas, ao revés, não só é cabível como é devido que se formalize o pedido de condenação a ressarcimento das despesas com as custas processuais. Logo, registramos que na prova **o candidato deve pedir a condenação da impetrada ao pagamento das custas processuais**.

Depois de feitos os **quatro pedidos** já referidos (notificação da autoridade coatora; que se dê ciência ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada; intimação do Ministério Público; condenação em custas processuais), deve o foco recair nos pedidos finais, quais sejam: os pedidos referentes à **liminar** e o **pedido principal**.

Em relação à liminar, deve ser registrado no corpo da petição, no item dedicado à formalização dos pedidos, o requerimento de que a mesma seja deferida, bem como que seja mantida até o final. E, sendo preciso, como oriento seja aberto tópico específico para fazer referência ao pedido liminar, tópico esse anterior ao tópico dos pedidos, a verdade é que o que se faz aqui nesse tópico destinado à formalização dos pedidos é **reafirmar o pedido de deferimento da medida liminar**, visto que esta já foi anteriormente requerida no tópico próprio aberto para esse fim.

Ainda em relação a esse específico pedido de deferimento da liminar, entendo ser de bom grado que o candidato, na hora da prova, **indique a finalidade da liminar, apontando o efeito pretendido**. Ou seja, não deve o candidato apenas requerer a liminar; deve, também, requerer por expresso (pelo menos para fins de provas de concursos ou Exame de Ordem isso deve ser feito) que sejam deferidos os efeitos esperados com sua concessão. A título de exemplo, caso se esteja tratando de um MS impetrado repressivamente em face de um ato coator de lançamento fiscal indevido, ao se requerer a liminar, deve o candidato ter a atenção de requerer que **com o deferimento da liminar seja reconhecida a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, suspendendo-se os efeitos do ato de imediato**; já se a hipótese for de MS impetrado em face de ato de interdição de estabelecimento empresarial por força de suposto inadimplemento, ao requerer a liminar o candidato deve escrever na sua petição que a liminar requerida tem **por finalidade determinar o efeito reversivo, revertendo de imediato os efeitos do ato coator e ordenando o cancelamento de imediato da medida de interdição**.

Ainda quanto ao pedido de deferimento da medida liminar, aconselho que o candidato, ao formalizá-lo, **requeira que ela possa ser deferida independente de oferecimento de caução,**

fiança ou depósito, já que, como se sabe, tal contracautela, por certo nem um pouco desejada, pode ser exigida pelo magistrado.

Por fim, no que tange ao pedido da liminar, entendo que deve o candidato citar novamente o art. 7.º, III, e citar (basta citar) que existe *fumus boni iuris* e *periculum in mora* (basta fazer a afirmativa, afinal, no tópico próprio, aberto para a referência à liminar, são tecidos todos os comentários relativos a ela, seja no que tange a seus requisitos, a sua finalidade, a seus efeitos).

Quanto ao **pedido principal**, deve ser requerido de modo expresso que **se julgue procedente a ação, para fins de conceder a segurança em definitivo**, e, na sequência, se especificar o fim que se almeja no caso concreto. Ou seja, além de pedir o julgamento de procedência, pleiteando a concessão da segurança em definitivo, **deve o candidato especificar de modo expresso qual é o teor da tutela jurisdicional pretendida** (ex.: "requer possa V. Exa. julgar procedente a presente ação para fins de conceder a segurança em definitivo para fins de **invalidar o lançamento ora atacado, extinguindo o crédito tributário nos termos do art. 156, X, do CTN, reconhecendo a inexistência da dívida lançada**).

Apresento, a título ilustrativo, nas linhas abaixo, algumas sugestões de como redigir o item dos pedidos numa prova, fazendo indicações diferenciadas de acordo com algumas possíveis variações fáticas (MS Preventivo, MS repressivo, MS em face de lançamento etc.).

EX. 1: PEDIDOS EM UM MANDADO DE SEGURANÇA REPRESSIVO EM FACE DE LANÇAMENTO

a) requer a notificação da autoridade coatora, nos termos do art. 7.º, I, da Lei 12.016/2009, enviando-lhe a segunda via dessa petição, a qual fora apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de dez dias, preste as informações;

b) requer, nos termos do art. 7.º, II, da Lei 12.016/2009, que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;

c) requer, nos termos do art. 12 da Lei 12.016/2009, a intimação do Ministério Público;

d) requer a condenação da impetrada ao pagamento das custas processuais, já que a vedação imposta pelo art. 25 da Lei 12.016/2009 se restringe aos honorários advocatícios;

e) reafirma pedido de que possa V. Exa. deferir, sem necessidade de fiança, caução ou depósito, a medida liminar, nos termos do art. 7.º, III, e mantê-la até o final, para fins de suspender a exigibilidade do crédito tributário nos termos do art. 151, IV, do CTN, já que, como ante exposto, restam presentes os fundamentos necessários para o deferimento da medida, a destacar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*;

f) requer possa V. Exa. julgar procedente a presente ação e conceder a segurança em definitivo, invalidando o ato coator de lançamento, declarando a inexistência da dívida e extinguindo o crédito tributário nos termos do art. 156, X, do CTN.

EX. 2: PEDIDOS EM UM MANDADO DE SEGURANÇA PREVENIVO EM FACE DE LANÇAMENTO

a) requer, nos termos do art. 7.º, II, da Lei 12.016/2009, que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;

b) requer, nos termos do art. 12 da Lei 12.016/2009, a intimação do Ministério Público;

c) requer a condenação da impetrada ao pagamento das custas processuais, já que a vedação imposta pelo art. 25 da Lei 12.016/2009 se restringe aos honorários advocatícios;

d) reafirma pedido de que possa V. Exa. deferir, sem necessidade de fiança, caução ou depósito, a medida liminar, nos termos do art. 7.º, III, da Lei 12.016/2009 e mantê-la até o final, para fins de reconhecer desde logo a inexistência da suposta dívida em vias de ser cobrada pela impetrada, já que, como ante exposto, restam presentes os fundamentos necessários para o deferimento da medida, a destacar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*;

e) requer possa V. Exa. julgar procedente a presente ação e conceder a segurança em definitivo, para fins de declarar a inexistência do débito em vias de ser cobrado, e, se possível, a tempo de evitar que ocorra o ato coator de lançamento, bem como para fins de, caso o mesmo ocorra, invalidá-lo ao final, extinguindo o crédito eventualmente constituído, atribuindo efeito desconstitutivo à sentença.

EX. 3: PEDIDOS EM UM MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO EM FACE DE RISCO REAL DE APREENSÃO DE MERCADORIAS POR INADIMPLEMENTO

a) requer, nos termos do art. 7.º, II, da Lei 12.016/2009, que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;

b) requer, nos termos do art. 12 da Lei 12.016/2009, a intimação do Ministério Público;

c) requer a condenação da impetrada ao pagamento das custas processuais, já que a vedação imposta pelo art. 25 da Lei 12.016/2009 se restringe aos honorários advocatícios;

d) reafirma pedido de que possa V. Exa. deferir, sem necessidade de fiança, caução ou depósito, a medida liminar, nos termos do art. 7.º, III, e mantê-la até o final, para fins de reconhecer desde logo ser indevido o ato de apreensão de mercadorias em vias de ser praticado contra a impetrada, ordenando seu impedimento, já que, como ante exposto, restam presentes os fundamentos necessários para o deferimento da medida, a destacar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*;

e) requer possa V. Exa. julgar procedente a presente ação e conceder a segurança em definitivo, para fins de impedir a prática do ato coator de apreensão de mercadorias do impetrante, declarando ser ilegal tal medida, nos termos da fundamentação *supra* apresentada.

EX. 4: PEDIDOS EM UM MANDADO DE SEGURANÇA REPRESSIVO EM FACE DE ATO DE INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO POR INADIMPLEMENTO

a) requer a notificação da autoridade coatora, nos termos do art. 7.º, I, da Lei 12.016/2009, enviando-lhe a segunda via dessa petição, a qual fora apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de dez dias, preste as informações;

b) requer, nos termos do art. 7.º, II, da Lei 12.016/2009, que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;

c) requer, nos termos do art. 12 da Lei 12.016/2009, a intimação do Ministério Público;

d) requer a condenação da impetrada ao pagamento das custas processuais, já que a vedação imposta pelo art. 25 da Lei 12.016/2009 se restringe aos honorários advocatícios;

e) reafirma pedido de que possa V. Exa. deferir, sem necessidade de fiança, caução ou depósito, a medida liminar, nos termos do art. 7.º, III, e mantê-la até o final, reconhecendo desde logo ser indevido o ato de interdição do estabelecimento do impetrante, ordenando de imediato o cancelamento da medida, revertendo a situação ao estado anterior, assegurando desde já que possa o contribuinte voltar a exercer com regularidade suas atividades, já que, como ante exposto, restam presentes os fundamentos necessários para o deferimento da medida, a destacar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*;

f) requer possa V. Exa. julgar procedente a presente ação e conceder a segurança em definitivo, invalidando o ato coator supranarrado, nos termos da Súmula 70 do STF e dos demais fundamentos ante expostos, declarando sua ilegalidade e assegurando a liberdade de exercício das suas atividades ao impetrante.

CAPÍTULO IV

MODELOS DE PETIÇÃO INICIAL E RECURSOS

1. MODELO GENÉRICO DE PETIÇÃO INICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA REPRESSIVO NA JUSTIÇA ESTADUAL. MS COM PEDIDO LIMINAR

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... (Única, Especializada, Cível ou de Fazenda Pública) da Comarca do Município ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF/identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração anexada com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., com fulcro nos arts. 5.º, LXIX, da CRFB/1988, bem como nos arts. 282 e 283 do CPC e, também, nos arts. 6.º, ٧.º, I, II e III, 12 e 23 da Lei 12.016/2009 impetrar o presente

**MANDADO DE SEGURANÇA
COM PEDIDO LIMINAR**

em face do ato coator ... praticado pela ilustre autoridade coatora ... a qual se acha vinculada ao Órgão / Pessoa Jurídica do ente federativo ..., conforme se demonstrará nos fatos e fundamentos a seguir expostos, bem como provas documentais anexadas.

I – DOS FATOS. DO ATO COATOR, DA AUTORIDADE COATORA E DO ÓRGÃO OU PESSOA JURÍDICA A QUE SE ACHA VINCULADA. DO ART. 6.º DA LEI 12.016/2009

II – DA TEMPESTIVIDADE

III – DA PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA EM ANEXO

IV – DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO AMPARÁVEL POR *HABEAS CORPUS* OU *HABEAS DATA*

V – DA LIMINAR SEM NECESSIDADE DE FIANÇA, CAUÇÃO OU DEPÓSITO

VI – DO PEDIDO

a) requer o impetrante, nos termos do art. 7.º, I, da Lei 12.016/2009, possa V. Exa., notificar a autoridade coatora, para que no prazo de dez dias preste esclarecimentos;

b) requer também o autor possa V. Exa., nos termos do art.7.º, II, da Lei 12.016/2009, dar ciência ao órgão de representação judicial da pessoa interessada;

c) requer, nos termos do art. 12 da Lei 12.016/2009, a intimação do Ministério Público;

d) pede o autor a condenação da impetrada ao pagamento de custas processuais, já que a vedação legal prevista no art. 25 da Lei 12.016/2009 e nas Súmulas 105 do STJ e 512 do STF se restringe aos honorários sucumbenciais;

e) reafirma o autor, conforme ante exposto, pedido que a liminar seja deferida, bem como mantida ao final, nos termos do art. 7.º, III, da Lei 12.016/2009;

f) requer julgue procedente a presente ação para fins de conceder a segurança em definitivo, invalidando o ato coator ora

atacado, declarando sua ilegalidade / abuso de poder, para fins de ...

Dá-se à causa o valor de R$ ...

(CPC, arts. 258 a 261)

Termos em que pede deferimento,

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

2. MODELO GENÉRICO DE PETIÇÃO INICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO NA JUSTIÇA FEDERAL. MS COM PEDIDO LIMINAR

Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da ... Vara Federal da Seção Judiciária do Estado ...

(10 linhas)

Sociedade ABC, CNPJ, domicílio, atos constitutivos em anexo com todas as qualificações necessárias, vem, por meio de seu advogado, procuração anexada com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., com fulcro no art. 5.º, LXIX c/c art. 109, VIII, da CRFB/1988, bem como nos arts. 282 e 283 do CPC e, também, nos arts. 6.º, 7.º, I, II e III, e 12 da Lei 12.016/2009 impetrar o presente

**MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO
COM PEDIDO LIMINAR**

em face do perigo real e iminente de prática do ato coator ... a ser praticado por autoridade coatora que se acha vinculada ao Órgão / Pessoa Jurídica que compõe a Administração Tributária da União Federal, conforme se demonstrará nos fatos e fundamentos a seguir expostos, bem como provas documentais anexadas.

I – DOS FATOS. DO ATO COATOR EM VIAS DE SER PRATICADO, DA AUTORIDADE COATORA E DO ÓRGÃO OU PESSOA JURÍDICA A QUE SE ACHA VINCULADA. DO ART. 6.º DA LEI 12.016/2009

II – DA PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA EM ANEXO

III – DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO AMPARÁVEL POR *HABEAS CORPUS* OU *HABEAS DATA*

IV – DA LIMINAR SEM NECESSIDADE DE FIANÇA, CAUÇÃO OU DEPÓSITO

V – DO PEDIDO

a) requer o autor possa V. Exa., nos termos do art. 7.º, II, da Lei 12.016/2009, dar ciência ao órgão de representação judicial da pessoa interessada;

b) requer, nos termos do art. 12 da Lei 12.016/2009, a intimação do Ministério Público;

c) pede o autor a condenação da impetrada ao pagamento de custas processuais, já que a vedação legal prevista no art. 25 da Lei 12.016/2009 e nas Súmulas 105 do STJ e 512 do STF se restringe aos honorários sucumbenciais;

d) reafirma o autor, conforme ante exposto, pedido que a liminar seja deferida, bem como mantida ao final, nos termos do art. 7.º, III, da Lei 12.016/2009;

e) requer julgue procedente a presente ação para fins de conceder a segurança em definitivo, determinando, se possível, o impedimento da prática do ato coator ora indicado, declarando sua ilegalidade / abuso de poder e, caso o mesmo ocorra no curso do presente processo, que determine sua total ineficácia e sua invalidação ao final, para fins de ...

Dá-se à causa o valor de R$ ...

(CPC, arts. 258 a 261)

Termos em que pede deferimento,

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

3. MODELO GENÉRICO DE PETIÇÃO INICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PREVENTIVO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM FACE DE ATO COATOR DE MINISTRO DE ESTADO. MS COM PEDIDO LIMINAR

Exmo. Sr. Dr. Ministro Presidente do Colendo Superior Tribunal de Justiça;

Doutos Ministros;

Preclaro Ministro Relator;

(10 linhas)

Associação ABC, legalmente constituída e em regular funcionamento há pelo menos um ano, CNPJ, domicílio, atos constitutivos em anexo com todas as qualificações necessárias, vem, por meio de seu advogado, procuração anexada com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, representando os interesses de seus associados, respeitosamente, perante V. Exa., com fulcro no art. 5.º, LXX c/c art. 105, I, "b", da CRFB/1988, bem como nos arts. 282 e 283 do CPC e, também, nos arts. 6.º, 7.º, I, II e III, 12, 21 e 22 da Lei 12.016/2009 impetrar o presente

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PREVENTIVO
COM PEDIDO LIMINAR

em face do perigo real e iminente de prática do ato coator ... a ser praticado sob a responsabilidade do Digníssimo Ministro de Estado da Fazenda o Sr. ... autoridade coatora que chefia o Órgão Ministério da Fazenda, o qual compõe a Administração Tributária Direta da União Federal, conforme se demonstrará nos fatos e fundamentos a seguir expostos, bem como provas documentais anexadas.

I – DOS FATOS. DO ATO COATOR EM VIAS DE SER PRATICADO, DA AUTORIDADE COATORA E DO ÓRGÃO OU PESSOA JURÍDICA A QUE SE ACHA VINCULADA. DO ART. 6.º DA LEI 12.016/2009

II – DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STJ

III – DA LEGITIMIDADE DA IMPETRAÇÃO

IV – DA PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA EM ANEXO

V – DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO AMPARÁVEL POR *HABEAS CORPUS* OU *HABEAS DATA*

VI – DA LIMINAR SEM NECESSIDADE DE FIANÇA, CAUÇÃO OU DEPÓSITO

VI – DO PEDIDO

a) requer o autor possa V. Exa., nos termos do art. 7.º, II, da Lei 12.016/2009, dar ciência ao órgão de representação judicial da pessoa interessada;

b) requer, nos termos do art. 12 da Lei 12.016/2009, a intimação do Ministério Público;

c) pede o autor a condenação da impetrada ao pagamento de custas processuais, já que a vedação legal prevista no art. 25 da Lei 12.016/2009 e nas Súmulas 105 do STJ e 512 do STF se restringe aos honorários sucumbenciais;

d) reafirma o autor, conforme ante exposto, pedido que a liminar seja deferida, bem como mantida ao final, nos termos do art. 7.º, III, da Lei 12.016/2009;

e) requer julgue procedente a presente ação para fins de conceder a segurança em definitivo, determinando, se possível, o impedimento da prática do ato coator ora indicado, declarando sua ilegalidade / abuso de poder e, caso o mesmo ocorra no curso do presente processo, que determine sua total ineficácia e sua invalidação ao final, para fins de ...

Dá-se à causa o valor de R$ ...

(CPC, arts. 258 a 261)

Termos em que pede deferimento,

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

4. MODELO GENÉRICO DE PETIÇÃO INICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO REPRESSIVO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM FACE DE ATO COATOR DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. MS COM PEDIDO LIMINAR

Exmo. Sr. Dr. Ministro Presidente do Egrégio Supremo Tribunal de Federal;

Doutos Ministros;

Preclaro Ministro Relator;

(10 linhas)

Organização Sindical XYZ, CNPJ, domicílio, atos constitutivos em anexo com todas as qualificações necessárias, vem, por meio de seu advogado, procuração anexada com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., com fulcro no art. 5.º, LXX c/c art. 102, I, “d”, da CRFB/1988, bem como nos arts. 282 e 283 do CPC e, também, nos arts. 6.º, ٧.º, I, II e III, 12, 21, 22 e 23 da Lei 12.016/2009 impetrar o presente

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO
COM PEDIDO LIMINAR

em face do ato coator ... praticado pela digníssimo Sr. Presidente da República, autoridade coatora ... o qual chefia o Poder Executivo da União Federal, conforme se demonstrará nos fatos e fundamentos a seguir expostos, bem como provas documentais anexadas.

I – DOS FATOS. DO ATO COATOR, DA AUTORIDADE COATORA E DO ÓRGÃO OU PESSOA JURÍDICA A

QUE SE ACHA VINCULADA. DO ART. 6.º DA LEI 12.016/2009

II – DA TEMPESTIVIDADE

III – DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STF

IV – DA LEGITIMIDADE DA IMPETRAÇÃO

V – DA PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA EM ANEXO

VI – DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO AMPARÁVEL POR *HABEAS CORPUS* OU *HABEAS DATA*

VII – DA LIMINAR SEM NECESSIDADE DE FIANÇA, CAUÇÃO OU DEPÓSITO

VIII – DO PEDIDO

a) requer o impetrante, nos termos do art. 7.º, I, da Lei 12.016/2009, possa V. Exa. notificar a autoridade coatora, para que no prazo de dez dias preste esclarecimentos;

b) requer também o autor possa V. Exa., nos termos do art. 7.º, II, da Lei 12.016/2009, dar ciência ao órgão de representação judicial da pessoa interessada;

c) requer, nos termos do art. 12 da Lei 12.016/2009, a intimação do Ministério Público;

d) pede o autor a condenação da impetrada ao pagamento de custas processuais, já que a vedação legal prevista no art. 25 da Lei 12.016/2009 e nas Súmulas 105 do STJ e 512 do STF se restringe aos honorários sucumbenciais;

e) reafirma o autor, conforme ante exposto, pedido que a liminar seja deferida, bem como mantida ao final, nos termos do art. 7.º, III, da Lei 12.016/2009;

f) requer julgue procedente a presente ação para fins de conceder a segurança em definitivo, invalidando o ato coator ora atacado, declarando sua ilegalidade / abuso de poder, para fins de ...

Dá-se à causa o valor de R$ ...

(CPC, arts. 258 a 261)

Termos em que pede deferimento,

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

5. APELAÇÃO DO ART. 14 DA LEI 12.016/2009. APELAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA

Exmo. Sr. Dr. Juiz da ... Vara (do ajuizamento da ação – Fazenda Pública / Cível / Especializada / Única) da Comarca do Município ...

Mandado de Segurança

Recorrente: Município do Rio de Janeiro

Recorrido: Pedro Barretto

(10 linhas)

Município do Rio de Janeiro, pessoa jurídica de direito público interno, endereço, vem, por meio de seu procurador, instrumento em anexo com qualificações e endereço da Procuradoria para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., nos termos do art. 14 da Lei 12.016/2009, bem como dos arts. 496, I, 508, 511, 513 e seguintes do CPC, interpor o presente recurso de

APELAÇÃO

em face da emérita sentença prolatada por V. Exa. ... nas folhas nº ... dos autos da presente ação, em que litiga com Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, CPF e identidade, domicílio e residência, pedindo que possa V. Exa. conhecer do recurso em tela, verificando estarem presentes todos os requisitos de admissibilidade, destacando-se a adequação e a tempestividade, para então, após intimado o recorrido para apresentar contrarrazões, encaminhar para julgamento no colendo Tribunal de Justiça do Estado ...

Em face do exposto,

Pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

DAS RAZÕES RECURSAIS

Egrégio Tribunal de Justiça do Estado ...

Exmo. Sr. Dr. Desembargador Presidente, Doutos Desembargadores;

Digníssimo Desembargador Relator;

Mandado de Segurança

Processo n.º ...

Apelante: Município do Rio de Janeiro

Apelado: Pedro Barretto

I – DO REEXAME NECESSÁRIO E DO CABIMENTO DO PRESENTE RECURSO

II – DA TEMPESTIVIDADE

A interposição do recurso em evidência se fez de modo tempestivo, já que dentro do prazo de quinze dias a que se refere o art. 508 do CPC, observado o art. 506 e os arts. 188 e 242 do mesmo Código.

III – DA DESNECESSIDADE DO PREPARO

O recorrente é dispensado dos custos com realização do preparo, vide o benefício de isenção legal previsto no art. 511, § ١.º, do CPC.

IV – DOS DEMAIS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

O apelante registra que todos os demais requisitos de admissibilidade recursal intrínsecos e extrínsecos, foram devidamente cumpridos. Quanto ao cabimento do recurso em tela, o mesmo é adequado e plenamente cabível, sendo interposto diante de

sentença, nos termos do art. 513 do CPC. A legitimidade também resta observada, sendo o recorrente a parte vencida no processo, respeitado o disposto no art. 499 do CPC. Existe também o interesse recursal, já que o apelante almeja provimento jurisdicional melhor e mais útil do que o que foi consubstanciado na sentença. Averba a inocorrência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer, certificando que não houve, em qualquer momento, aceitação, renúncia ou desistência, não se enquadrando nas hipóteses dos arts. 501, 502 e 503 do CPC. Por fim, assevera que a regularidade formal resta devidamente observada, destacando o respeito aos proclames do art. 514 do *codex* processual magno. Pede, portanto, V. Exa. confirme novamente a admissibilidade recursal, conhecendo do mesmo, e passe à análise do mérito no presente recurso.

V – DOS FATOS

Os fatos foram...

Por força deles, o impetrante ajuizou o presente Mandado de Segurança, sendo que o Meritíssimo Magistrado na primeira instância julgou procedente a ação, razão pela qual, respeitosamente, o recorrente se insurge por via da apelação em tela.

VI – DO PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO (ART. 558 DO CPC)

VII – DO DIREITO. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO DE REFORMA (OU, SE FOSSE O CASO, DE ANULAÇÃO)

VII – DO PEDIDO

O apelante pede possa V. Exa. dar provimento ao presente recurso, para fins de conceder novo provimento jurisdicional, nos termos do disposto no art. 514, III, do CPC, substitutivo daquele pronunciado na sentença prolatada e ora atacada, reformando-a integralmente, para fins de reconhecer o bom direito do recorrente e assim declarar ...

Em face do exposto,

Pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

6. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDEFERIMENTO DE LIMINAR

Egrégio Tribunal de Justiça do Estado ...

Doutos Desembargadores da ... Câmara Cível

Digníssimo Desembargador Relator

Mandado de Segurança

Processo n.º ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, autor agravante, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF e Identidade, Domicílio e Residência, vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente,

perante V. Exa., nos termos dos arts. 496, II, 522, 524, 525, 526, 527 e 558, todos do CPC, e, ainda, do art. 7.º,§ 1.º, da Lei 12.106/2009, interpor o presente

AGRAVO DE INSTRUMENTO

em face da decisão interlocutória de indeferimento do pedido de concessão de liminar em sede de Mandado de Segurança, proferida pelo MM Juiz ..., vide folhas n.º ... dos presentes autos, almejando obter sua reformada decisão atacada, caso não haja a reconsideração, pelo que pede possa V. Exa. conhecer do presente recurso, observando estarem respeitados todos os requisitos de admissibilidade, a destacar a tempestividade, o preparo e a regularidade formal, e, após abrir vistas ao agravado para juntar suas contrarrazões, passar ao julgamento de mérito.

DAS RAZÕES RECURSAIS

I – DA TEMPESTIVIDADE E DO PREPARO. ARTS. 511 E 522 DO CPC

II – DOS DEMAIS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

III – DOS NOMES COMPLETOS E ENDEREÇOS DOS ADVOGADOS. DA OBEDIÊNCIA AO ART. 524, III, DO CPC

IV – DAS PEÇAS OBRIGATÓRIAS. DA OBEDIÊNCIA AO ART. 525, I, DO CPC

V – DAS PEÇAS FACULTATIVAS. DO ART. 525, II, DO CPC

VI – DA OBEDIÊNCIA À REGRA DO ART. 526 DO CPC

VII – DOS FATOS

VIII – DO DIREITO

IX – DA TUTELA ANTECIPADA / EFEITO SUSPENSIVO. DO ART. 527, III, DO CPC C/C ART. 558 DO CPC

X – DO PEDIDO

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

7. RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. ROC PARA O STF. DECISÃO DENEGATÓRIA NO STJ

Exmo. Sr. Dr. Ministro Presidente do Colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ

Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

Processo n.º ...

Caio, (estado civil), (nacionalidade), (profissão), (documento de identidade e CPF), (domicílio e residência), vem, por meio de seu advogado (procuração em anexo com endereço para receber intimações – art. 39, I, do CPC), respeitosamente, perante V. Exa., nos termos do art. 102, II, "a", da CRFB/1988, bem como dos arts. 496, V, 539 e 540 do CPC, e também da Lei 8.038/1990 e, ainda, dos arts 268, 269 e 270 do Regimento Interno do STJ, interpor o presente

RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL

em face de acórdão de caráter denegatório proferido nas folhas n.º ... dos autos do processo n.º ... relativo ao Mandado de Segurança impetrado em face de ato coator da autoridade ... (Ministro de Estado / Comandante das Forças Armadas / o próprio STJ).

Requer possa V. Exa. constatar que todos os requisitos de admissibilidade recursal se encontram devidamente atendidos, dentre eles a tempestividade da interposição e a realização do regular preparo, e, após abertura de vistas ao recorrido para manifestação de contrarrazões, seja o presente Recurso encaminhado em seus normais efeitos ao egrégio Supremo Tribunal federal – STF para que possa julgá-lo.

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

DAS RAZÕES RECURSAIS

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Recorrente:

Recorrido:

Processo n.º ...

Colendo STF;

Excelentíssimos Ministros;

Douto Relator;

I – DOS FATOS

II – DO CABIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO E DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAMENTO

III – DA TEMPESTIVIDADE E DO PREPARO

IV – DO RESPEITO A TODOS OS DEMAIS PRESSUPOSTOS/REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

V – DO DIREITO. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO

VI – DO PEDIDO

Após demonstrados os vícios no acórdão atacado, deixando-se provado que a decisão questionada é contrária ao ordenamento jurídico, pede o conhecimento e o provimento do presente recurso, reformando a decisão proferida no acórdão enfrentado, restabelecendo o equilíbrio na ordem jurídica e preservando a integridade do bom direito do ora recorrente.

Termos em que pede deferimento,

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

[1] CRFB/1988, art. 5.º, LXVIII – conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

[2] CRFB/88, art. 5.º, LXXII – conceder-se-á habeas data:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

[3] CRFB/1988, art. 5.º, LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não ampara por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

[4] Lei 12.016/2009, art. 29. Revogam-se as Leis nos 1.533, de 31 de dezembro de 1951, 4.166, de 4 de dezembro de 1962, 4.348, de 26 de junho de 1964, 5.021, de 9 de junho de 1966; o art. 3.o da Lei n.o 6.014, de 27 de dezembro de 1973, o art. 1.o da Lei n.o 6.071, de 3 de julho de 1974, o art. 12 da Lei n.o 6.978, de 19 de janeiro de 1982, e o art. 2.o da Lei n.o 9.259, de 9 de janeiro de 1996.

[5] CRFB/1988, art. 5.º, LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

[6] Lei 12.016/2009, Art. 21 Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I – coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II – individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

[7] **Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida** em juízo individualmente, **ou a título coletivo**.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

[8] Importante destacar que o **STJ** e o **STF** vem dando interpretação bastante restritiva ao cabimento do uso do mand de segurança coletivo, prevalecendo entendimento de que as entidades autorizadas a impetrá-lo podem fazê-lo apenas no interesse dos seus próprios representantes e não no interesse de todo e qualquer cidadão. Por tal entendimento se protege o interesse do fisco, já que o writ coletivo só será manuseável no interesse de alguns contribuintes e não de todos, sendo cabível apenas para defender os membros pertencentes à Instituição. É o clássico exemplo do julgamento no STF do **RE 196.184/AM,** em que a Corte entendeu que um Partido Político não pode impetrar MS Coletivo para defender os interesses de todo e qualquer contribuinte.

[9] **STF, Súmula 266:** Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.

[10] Vide a atual Lei 12.016/2009.

[11] O prazo legal se aplica para os casos de MS repressivo, conforme explicado no item específico dedicado ao tema do "prazo", e é de 120 dias, contados da ciência pelo interessado do ato impugnado, conforme previsão do art. 23 da Lei 12.016/2009. O STF expediu a Súmula 632 manifestando seu entendimento pela constitucionalidade da fixação legal desse prazo decadencial.

TÍTULO VIII

AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO (AÇÃO REPETITÓRIA)

CAPÍTULO I

AÇÃO REPETITÓRIA E SUAS VARIAÇÕES

1. NOÇÕES INICIAIS

A *Ação Repetitória* é uma das ações mais úteis que se manuseiam no mundo jurídico fiscal. Ação de natureza civil, é serviente aos contribuintes quando estes promovem pagamentos indevidos e almejam recuperar tais verbas mediante intervenção judicial, postulando em juízo a condenação da fazenda a devolver o numerário indevidamente arrecadado. Atua a *ação repetitória*, como se convencionou chamar, como ferramenta jurídica útil para permitir a quem pagou indevidamente certo montante que consiga opor judicialmente à fazenda pública sua pretensão de vê-la condenada a restituir os valores equivocadamente disponibilizados.

A Ação Repetitória é ação ordinária, de procedimento comum, cognitiva por excelência, e permite ao autor alegar toda e qualquer matéria de fato e de direito, bem como produzir todo e qualquer tipo de prova que seja necessária e oportuna, ainda que, na prática, seu objeto seja muito bem delimitado e chame toda a matéria vinculada na ação. Como objeto da ação, tem-se o *pagamento indevido*, ou seja, a quantia erroneamente fornecida ao erário, sendo a sentença condenatória o fim colimado, uma vez que o seu cumprimento importará na satisfação do direito que se quer proteger. Noutras palavras, o *bem da vida* que se almeja satisfazer é a recuperação do valor pago, o que se alcançará quando for efetivado o cumprimento da sentença condenatória que der procedência à ação. É aqui que, normalmente, surge o grande empecilho à plena satisfação por parte do contribuinte, mesmo que ele seja vencedor na contenda judicialmente exaurida: como de fato conseguir receber o montante após a prolação da sentença condenatória e de seu trânsito em julgado? Afinal, segundo regime emanado do art. 100 da Constituição, o pagamento da dívida teria que se fazer mediante submissão do contribuinte ao sistema de precatórios, o que traz para o jurisdicionado intensos dissabores em face dos conhecidos contratempos que o modelo de efetivação dos pagamentos imputa.

Para que não sofra o contratempo de ficar na "fila do precatório", convivendo com o desagradável sentimento de "ganhou, mas não levou", o contribuinte pode se valer de uma alternativa bastante inteligente, oportunizada pelo ordenamento jurídico fiscal, de usabilidade contínua no mundo prático, que é a de se valer do procedimento da *compensação*. Ou seja, em vez de receber seu valor de volta mediante liquidação do precatório, pode optar por pleitear ao próprio juiz da causa que, ao final, caso julgue procedente a ação, determine a conversão do crédito a ser recebido em "moeda" para adimplir dívida que tem pendente com o fisco, opondo-lhe a compensação de tais créditos. Ou seja, o contribuinte, autor da ação repetitória, ao optar pela compensação, busca adimplir sua dívida, vencida, líquida e certa, utilizando o crédito que tem a receber. Nesses moldes, escapa de ficar com a dívida pendente, bem como consegue liquidar a sentença "recebendo" de volta seu crédito. Dessa forma, a compensação se torna a via normalmente utilizada na advocacia quando se ajuízam as ações repetitórias, uma vez que o contribuinte alcança uma melhor satisfação de seus interesses, usando seu crédito a ser ressarcido como meio de se libertar de uma dívida que precisa adimplir; por certo, muito melhor do que ficar dependente da liquidação futura de um precatório.

2. MODALIDADES DE AÇÃO REPETITÓRIA

Na verdade, em linhas iniciais, quero esclarecer que, quando falo em "modalidades" de Ação Repetitória, o faço unicamente para fins didáticos, apenas para organizar de forma mais eficiente e clara o modo de lhes ensinar algumas diferentes maneiras de se trabalhar com a Ação de Repetição de Indébito. Afinal, a ação é sempre a mesma, não existem, de fato e de direito, duas ou mais ações de repetição de indébito. Ocorre, então, que a *ação de repetição de indébito* pode ser ajuizada com alguns detalhes diferentes, fazendo com que, em cada caso, possamos detectar diferenças práticas que implicam modificações que devem ser feitas na petição inicial e que revelam diferentes objetivos e modos de se beneficiar do ganho pretendido. Contudo, a ação é sempre *a mesma*. E por que falo em "modalidades"? Apenas com o objetivo de, como professor, criar uma linguagem de identificação com meus alunos, de modo a permiti-los enxergar as variações no manuseio da *Repetitória*, estabelecendo uma legenda linguística que nos permite, com cada um dos três nomes usados, indicar as três "modalidades" de Ação Repetitória, facilitando a comunicação e o aprendizado. Nesse viés, procuro ensinar a matéria esclarecendo que existem três "modalidades" de *Ação Repetitória*, assim, daqui em diante, feito este esclarecimento, não mais colocarei "aspas" para me referir a elas. Portanto, avancemos: quais seriam essas modalidades?

Organizo essas variações naquilo que chamo de:

a) Ação Repetitória Simples (não tem pedido de compensação);

b) Ação Repetitória Complexa (com pedido de compensação);

c) Ação Repetitória Complexa Especial (com pedido de compensação e envolvendo tributos

indiretos – IPI ou ICMS);

d) Ação Repetitória Cumulada (em que se acumula ora com a Ação Anulatória, ora com a ação Declaratória Preventiva).

Em cada uma dessas hipóteses, importante perceber que é necessário distinguir as Ações Repetitórias ajuizadas na Justiça Federal (pagamentos feitos em favor da União) e na Justiça Estadual (pagamentos feitos em favor dos Municípios, Estados ou Distrito Federal). Isso porque a legislação que rege a matéria é diferente, seja no que tange à fórmula de imputar os juros e correção monetária, seja no que toca aos fundamentos de ajuizamento das ações. Por logo, importante perceber que, dentro de cada uma das três modalidades de Ação Repetitória, devemos nos organizar para compreender uma subvariação que decorre da análise de ser o tributo arrecadado pela União ou pelos Estados, DF e Municípios.

Na primeira dessas três modalidades, a "Repetitória Simples", falamos apenas de um mero pedido de restituição, sem uso do procedimento da compensação, situação em que o contribuinte que fez o pagamento indevido busca receber seu numerário pelo sistema normal do precatório. Por mais infeliz que seja o desfecho da questão (uma vez que o precatório não é pago de imediato), em inúmeras situações o contribuinte não tem outra opção. Afinal, para falar de *compensação* é necessário que uma série de requisitos seja observada, porém, nem sempre, estes requisitos estarão presentes. Desse modo, não será factível o uso da *compensação*, razão pela qual o contribuinte terá como única via o pedido de restituição em dinheiro mediante efetiva devolução da verba arrecadada e judicialmente postulada, aguardando a liquidação de seu precatório quando do momento cabível. Imagine-se, a título de exemplo, a comum situação em que o contribuinte pagou a determinado ente federativo uma dívida que não possuía, mas que não contraia novas dívidas com esse ente federativo. Como poderia compensar o valor que deseja receber de volta se não possui novas dívidas? É fundamental que haja créditos recíprocos para que se possa falar de compensação... Noutro exemplo, imagine-se que o mesmo contribuinte possua novas dívidas com a fazenda, a mesma que recebeu seu pagamento indevido, existindo os créditos recíprocos; todavia, cogite-se tratar de um pequeno município no qual não tenha sido editada a lei de compensação... nessa hipótese, não será cabível almejar o procedimento compensatório, posto sempre ser dependente de lei que lhe regule e autorize, nos termos do expressamente previsto no CTN (vide arts. 97, VI, e 170 do aludido *Codex*). Ainda nos exemplos: visualize situação em que o contribuinte pagou indevidamente, tem dívida vencida com o mesmo fisco e até existe a lei de compensação, entretanto, as dívidas que ele pretende compensar não se amoldam aos limites estabelecidos pela lei em razão da natureza dos créditos, ou dos valores, ou das datas etc. Portanto, observe o leitor que, em virtude dos diversos fundamentos, pode não ser cabível, no caso concreto, o uso da compensação, de sorte que o contribuinte que pagou certo montante a título de suposta dívida de tributo só terá como alternativa, após julgada procedente sua ação repetitória, receber pelo sistema do precatório, aguardando o momento oportuno para receber em dinheiro a devolução de tal quantia. Em todas essas situações, estaremos a falar da ***Ação repetitória SIMPLES***. Chamo de "simples" exatamente por ser ela muito mais "simples" que a sua

outra forma de externação, que é a Repetitória com pedido de compensação, esta, com certeza, mais "complexa", seja qual for o ângulo que se projete a análise comparativa. Na Repetitória com pedido de compensação, a petição inicial ganha uma série de acréscimos, o pedido muda, a fundamentação e o dever de análise da legislação específica que rege a compensação também, e assim por diante.

Em face do que se acabou de expor, fica evidente que chamo de ***Repetitória Complexa*** a Ação de Repetição de Indébito que o contribuinte usa com o objetivo de verificar se a condenação da fazenda, ao restituir o montante, é proveitosa para o procedimento compensatório, utilizando o crédito como moeda de adimplemento para quitar um débito pendente e devidamente indicado na petição inicial. Em nossas aulas, sempre ensino que o advogado deve dedicar um tópico especial ao item da compensação, de modo que destaque, de forma clara e visível, todos os dados que são essenciais ao tema. Quanto aos candidatos à prova de direito tributário na segunda fase do Exame da Ordem, é de bom alvitre que assim se portem na redação da peça, pois serão avaliados, e por certo o tema da compensação será objeto de considerável pontuação. Daí a importância de se abrir tópico especial sobre o tema.

Na advocacia, sempre que o contribuinte tiver a opção da compensação, dificilmente não se valerá dela. E o motivo é simples para compreender tal práxis por tudo que já se expôs linhas *retro*. Com a compensação, ele consegue ter a liquidação da sentença de procedência de modo rápido e eficiente, além de extremamente útil. Ou seja, pedindo a conversão da devolução em compensação, usa o crédito para se livrar de uma dívida, a qual teria de ser paga, e que, caso continuasse no caminho do inadimplemento, cresceria cada vez mais em razão da fluência dos juros e consectários de mora. Liberta-se da dívida, elimina o risco de ter seu nome inscrito no cadastro de inadimplentes e se sujeita a mais uma série de sanções e prejuízos, bem como consegue, indiretamente, recuperar aquilo que indevidamente havia perdido para o fisco. Ou seja, a repetitória cumulada com pedido de compensação permite que aquele que pagou indevidamente consiga usar seu crédito como moeda para se livrar de uma dívida que possui e precisaria adimplir. Sem contar que, se assim não o fosse, o contribuinte, por pura falta de opção, ainda teria que se sujeitar a todos os entraves do sistema de liquidação de precatórios, o qual, na melhor das hipóteses, já gera profunda angústia e imputa o dissabor da espera e da incerteza.

Portanto, percebe-se que, sempre que houver viabilidade, a compensação deverá ser a opção praticada pelo advogado, marchando-se em direção ao ajuizamento de uma ***"Ação Repetitória Complexa"***.

Por fim, ainda merece comentários a ***"Ação Repetitória Cumulada"***, a qual revela a existência de dois problemas a serem sanados. Um relativo a fato passado, qual seja, o pagamento indevido já feito e que motiva o ajuizamento da ação na sua face repetitória; o outro, ligado a uma questão presente que também precisa ser enfrentada (a realização de novo lançamento, cobrando, mais uma vez, dívida igual à que fora cobrada e fomentou o pagamento indevido) ou a uma questão futura, mas na iminência de se materializar (o risco real e concreto de se materializar novo lançamento, cobrando a mesma dívida mais uma vez). Nesse viés, no primeiro caso (em que já houve o lançamento), surge a Ação Repetitória cumulada com Anulatória, já na segunda hipótese (em que

ainda não houve novo lançamento, mas está em vias de ocorrer) realiza-se a Ação Repetitória cumulada com Declaratória Preventiva. Observe-se que o contribuinte ajuíza uma única ação almejando sanar seus dois problemas. É, de fato, uma ação de "alma híbrida", como costumo afirmar em sala de aula. No que diz respeito ao pagamento já feito indevidamente e que se pretende imputar ao fisco a condenação para restituí-lo, a "alma" é de Repetitória. Já no que tange ao lançamento feito ou em vias de se realizar, a "alma" é de Anulatória ou de Declaratória Preventiva, respectivamente. Constate-se que, em ambas as hipóteses, o contribuinte, por meio de seu advogado, busca resolver dois problemas com uma única ação. Até porque o problema, quanto ao quesito de direito material, é exatamente o mesmo.

A título de exemplo, imagine-se uma taxa inconstitucional que seja anualmente cobrada em um município e que determinado contribuinte a pague todo ano. Ora, é cabível a ação repetitória para recuperar tudo o que pagou indevidamente, respeitando apenas o limite prescricional dos cinco anos advindo do art. 168 do CTN. Nesse ponto, a "alma" da ação é puramente Repetitória. Todavia, cogite que mais um ano se iniciou e o fisco cobrou novamente o tributo, materializando-se o lançamento, havendo crédito constituído e já sendo necessário impugná-lo. Nesse caso, plenamente cabível ajuizar uma única ação, tanto para recuperar os valores pagos indevidamente como para pedir a anulação do novo lançamento que já se consumou. No intento de invalidar o procedimento administrativo praticado, a "alma" da ação é Anulatória; no que atinge o pleito restitutivo, a "alma" é Repetitória. Logo, trata-se de Ação Repetitória cumulada com Anulatória, e, frise-se, nada obsta chamá-la de Ação Anulatória cumulada com Repetitória, afinal, o velho jargão popular fornecido pela ciência da matemática quando do estudo da "fatoração" dizia: "a ordem dos fatores não altera o produto". No mesmo caso, cogitando-se que o novo lançamento ainda não tivesse se materializado, mas fosse perceptível que está em vias de se consumar, o contribuinte não precisaria aguardar o novo procedimento para iniciar sua defesa, especialmente porque tem pressa em receber de volta o que pagou indevidamente, ainda mais que a prescrição corre contra tal pretensão. Não é necessário esperar para ajuizar uma Repetitória "cumulada com Anulatória". Basta ajuizar a Repetitória cumulada com a Declaratória Preventiva, pleiteando a declaração da inexistência da relação jurídica obrigacional tributária em face da inconstitucionalidade do tributo que se está prestes a cobrar, o qual, inclusive, estava sendo repetidas vezes cobrado indevidamente.

CAPÍTULO II

CONSIDERAÇÕES SOBRE A PETIÇÃO INICIAL DA AÇÃO REPETITÓRIA

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Assim como nos demais modelos de ações ordinárias dos contribuintes, seguiremos o nosso ritual na elaboração da petição inicial para ajuizamento da ação repetitória. Desse modo, poderemos visualizá-la nos seus três conhecidos momentos: a P1, a P2 e a P3.

Na *parte 1* trabalharemos cinco elementos: primeiro, o endereçamento; em seguida, a qualificação do autor mais a referência ao advogado e seu endereço; na sequência, a citação dos artigos que embasam o fundamento de ajuizamento; logo após, a ação, dando nome à "peça"; finalmente, montamos o réu e o qualificamos. Assim se compõe a nossa tradicional *P1*, conforme já estudado neste manual quando da análise das outras ações.

Na *parte 2*, analisaremos a *causa de pedir* e o *pedido*, pelos quais erguemos a famosa tríade "dos fatos", "do direito" e "do pedido". Todavia, conforme se verificará adiante, alguns tópicos especiais serão incluídos, principalmente entre o item de descrição dos fatos e o de formatação da tese jurídica.

Por fim, na *parte 3* formularemos os pedidos, fazendo referência ao *valor da causa* e fecharemos a petição com os itens "local..." , "data...", "advogado..." e "OAB nº...".

Faremos, aqui, alguns comentários que reputamos de destacada importância quanto às especialidades que devem ser observadas na petição inicial das ações repetitórias.

2. P1. AJUIZAMENTO. JUSTIÇA FEDERAL X JUSTIÇA ESTADUAL. ALGUMAS SITUAÇÕES QUE MERECEM CUIDADOS

2.1. Considerações gerais

No ajuizamento, é fundamental que não se confunda justiça federal com estadual, especialmente no que diz respeito à competência. E aqui existem algumas "pegadinhas". Passo a comentá-las.

Como regra, aprendemos que, se o tributo é federal, a ação deve ser ajuizada na justiça federal; todavia, quando se trata de tributo estadual ou municipal, a ação deve ter sua iniciação na justiça estadual. Realmente, *como regra*, esse raciocínio funciona! No entanto, no campo dos ajuizamentos de ações de repetição de indébito nem sempre será dessa forma, sendo possível destacarmos uma flagrante exceção, bem como abrirmos debate numa segunda situação, bastante polêmica, em que se pode ter novamente um abrandamento da regra geral. Na primeira situação, temos a eventual

Restituição de Imposto de Renda indevidamente arrecadado sobre rendas de servidor público estadual, distrital ou municipal. Na segunda situação, bem polêmica, cogitemos um caso em que certo Município esteja exercendo a prerrogativa emanada do art. 153, § 4º, I, da CRFB/1988 c/c o art. 158, II, e, assim sendo, esteja fiscalizando e arrecadando o ITR, de competência da União, em situação na qual o imposto não seja devido em razão de certo vício, que realmente faça da arrecadação uma arrecadação ilícita, ensejando direito de restituição. Nessas duas situações ilustradas, temos que analisar cuidadosamente a premissa de que, "se o tributo é federal, a ação sempre tramita na justiça federal", posto, como antecipei, no primeiro caso, que a ação não deva ser ajuizada na Federal, e sim na Estadual (comentaremos logo a seguir) e, no segundo caso, há excelente controvérsia no tema (também enfrentarei na sequência). Vamos adiante.

2.2. Imposto de renda dos servidores estaduais, do Distrito Federal e dos municípios. Restituição

Começo pela questão do Imposto de Renda cobrado sobre as rendas dos servidores públicos estaduais, do DF ou do Município. Nos termos do disposto nos arts. 157, I, e 158, I, da CRFB/1988, a arrecadação do IR é totalmente destinada ao ente federativo que se vincula ao servidor público, não sendo tal arrecadação de titularidade da União, que sequer recebe a verba. Em tais hipóteses, em que o servidor tem o seu imposto de renda retido na fonte, a retenção é feita pela própria fonte pagadora (Estado, DF ou Município) e totalmente entregue ao respectivo ente federativo, não se destinando aos cofres federais. Ou seja, A UNIÃO NÃO RECEBE ESSE MONTANTE!

Por força das regras fincadas nos supracitados dispositivos constitucionais, esse dinheiro pertencerá ao Estado, DF ou Município, mas não à União. Ora, se em tais hipóteses a arrecadação é entregue ao ente em favor do qual o servidor se acha vinculado, não repassando a verba tributária arrecadada para o orçamento federal, não faria qualquer sentido opor à União que viesse a restituir esse montante quando o pagamento, por qualquer razão, fosse indevido. Seguindo o mínimo de coerência, do qual o nosso sistema jurídico não pode ousar se desviar, quem tem de restituir a verba indevidamente arrecadada a título de retenção de IR do servidor é o próprio ente que o arrecadou. O pensamento se apoia na premissa basilar que ensina que se deve devolver o que se recebeu indevidamente a quem pagou equivocadamente. No caso, para que o raciocínio siga perfeito, a propositura da demanda repetitória deve ser em face daquele que recebeu e se apropriou do que não podia, que, por certo, será a pessoa que terá o dever de restituir. Colidiria com os alicerces centrais da lógica e do bom-senso pensar na condenação da União a restituir essa verba, a qual não lhe pertence, a qual ela não cobrou, não arrecada e não titulariza. E, na sequência racional da compreensão, se a União não pode ser responsabilizada por devolver, também seria irracional pensar no ajuizamento da ação repetitória em face da mesma. Além de todos os argumentos já expostos, qual seria o fundamento razoável para motivar a Procuradoria da Fazenda Nacional a defender essa causa, brigando por uma verba que não foi arrecadada pela Fazenda Nacional, que jamais lhe pertenceu? Por que deveria ser ré na ação repetitória uma pessoa que sequer participou da relação material? Por que trazê-la como parte no processo? Vejam, portanto, que nessa situação, de pagamento indevido do IR de servidor estadual, distrital ou municipal, a ação deve ser ajuizada

sempre na justiça estadual, e, respectivamente, em face do Estado, do DF ou do Município, se o servidor, autor da ação repetitória, servir a cada uma dessas unidades federativas. Dessa forma, teríamos aqui uma primeira situação em que mitigamos a verdade geral de que sempre que o tributo é federal o ajuizamento será na justiça federal. Nessa hipótese, apesar de se falar de um imposto da União (o IR), a ação deve ser ajuizada na Justiça Estadual, almejando-se a condenação do ente federativo que arrecadou para que restitua o montante indevidamente percebido. Na elaboração da petição inicial, o advogado deve se endereçar a um Juiz de Direito, o qual atuará numa Vara ligada à organização judiciária estadual, vinculada a certa comarca, a qual pode ser uma Vara especializada de Fazenda Pública, uma vara cível (caso não se tenha uma especializada para feitos fiscais na comarca) ou, como muito comumente ocorre em diversas localidades do país, em vara única.

Quanto ao tema em apreço, sempre oportuno citar a **Súmula 447 do STJ**, que provoca o estudioso no sentido de que se debruce exatamente sobre o tema em comento, afirmando que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são partes legítimas na ação de restituição de indébito proposta em face de pagamento indevido do imposto de renda de seus servidores.

2.3. ITR fiscalizado e arrecadado pelos Municípios

A segunda questão que merece nosso cuidado é quanto ao caso que envolve o ITR cobrado pelos Municípios, quando esses exercem a opção facultada pelo art. 153, § 4º, III, da CRFB/1988, normatizada pela Lei 11.250/2005 e regulada por alguns Decretos, destacando-se o Decreto 6.433/2008, com as inovações que lhe foram acrescidas pelos Decretos 6.621/2008 e 6.770/2009. Falemos do tema.

Desde a inclusão do inciso III no § 4º do art. 153 da CRFB/1988, por força da EC 42, publicada em 19.12.2003, passamos a conviver com uma novidade no Sistema Tributário Nacional, qual seja, a de um ente optar por fiscalizar e arrecadar um tributo que pertence a outro, sendo contemplado, ainda, com o benefício de poder se apropriar de 100% da arrecadação, desde que cumpra alguns limites comportamentais e se curve a algumas regras que regulamentam o feito. Falo da permissão que dita Emenda Constitucional criou em favor de todo e qualquer município brasileiro, bem como em favor do Distrito Federal, para que se possa fiscalizar o Imposto Territorial Rural – ITR, tributo de competência da União. Por força dessa inovação, alguns Municípios fizeram a opção, e uma questão polêmica se ergueu: quanto ao ITR fiscalizado e arrecadado por esses Municípios que fizeram a referida opção, como fica a questão da competência para ajuizamento de execução fiscal, bem como para ser parte, no polo passivo, nas ações de repetição de indébito, mas situações em que o tributo for pago indevidamente? Caberia à União, atuando por intermédio da PFN, por se tratar de tributo federal, ou ao próprio Município optante, por meio de sua PGM, por ser o único com interesse de agir, uma vez que é o único titular da receita arrecadada em tais situações? Quem executa o inadimplemento? A União, por meio da PFN, na justiça federal, em Vara Federal, endereçando a ação a Juiz Federal, ou o Município, na Justiça Estadual, endereçando a ação a Juiz de Direito, em vara ligada a uma comarca dentro da organização judiciária estadual? Esse é o embate.

No enfrentamento do caso, a grande discussão erguida sob o enfoque processual paira no fato de

que a União teria competência e legitimidade ativa para a execução, bem como passiva nas ações repetitórias, por se tratar de tributo federal. Todavia, não tem interesse jurídico direto no feito, já que não ficará com essa receita. Por outro lado, o Município, que seria o real interessado na causa, pois a receita integraria o seu orçamento, não teria, teoricamente, a competência processual, pois não se trata de tributo de sua competência material. Como resolver?

Antes de qualquer coisa, quero deixar explícita minha posição, ainda que plenamente ciente de não ser unânime o entendimento no sentido do que defendo, bem como ciente de que a legislação do ITR, quando da disciplina específica do tema, se ergue em sentido oposto ao que sustento, conforme transcreverei abaixo. Não vejo como correto onerar a Procuradoria da Fazenda Nacional, já tão abarrotada de atribuições, com o encargo de ter que executar esse passivo advindo de uma eventual sonegação fiscal... a arrecadação deve ser entregue ao Município, pois é ele que tem o interesse direto nela, deveria ser esse o ente, uma vez que é o único legitimado à defesa judicial da arrecadação. Cada Município brigando pela sua arrecadação, quando fez a opção de ficar com 100% do ITR; nada mais justo, mais eficiente e inteligente do que deixar que a União fique obrigada a executar por cada um e por todos esses Municípios, sempre frisando que a receita não será dela. À luz do processo civil, não consigo digerir que possa haver, por parte da Fazenda Nacional, interesse na demanda, o qual pulsa latente em favor da municipalidade. Constitucionalizando a compreensão com o sopro do equilíbrio federativo, da eficiência na busca da tutela jurisdicional e no princípio da razoabilidade, entendo que é responsabilidade do Município, por meio de sua PGM, na justiça estadual ou na Vara que tenha a atribuição de julgar os feitos fiscais municipais, executar o inadimplemento, bem como ser réu na ação repetitória. E o que dá consistência e sustentabilidade ao coerente posicionamento adotado é o próprio texto constitucional, que, na redação do inciso III do § 4º do art. 153, afirma que é facultado aos municípios optar, na forma da lei, por fiscalizar e ***COBRAR*** o ITR. Quando se fala em *cobrar*, entendemos que a intenção do constituinte é permitir que o Município que fizer a opção facultada possa *cobrar* em todos os sentidos esse montante, seja inicial e administrativamente, por meio de lançamento fiscal, seja extrajudicialmente após a mora, por intermédio de notificações para purgação da mora, seja judicialmente, no intento de executar o inadimplente que realmente não quitou seu débito. Entendo que a clara intenção do constituinte, exatamente por perceber a questão processual anteriormente exposta, foi a de legitimar o Município extraordinariamente, para ter assegurado o direito de executar um passivo que *lhe pertence*, demonstrando sua visão de ser incoerente deixar a arrecadação ir 100% para o Município, mas travar a executoriedade na esfera federal. Daí que a palavra *cobrar*, utilizada no texto constitucional, embasaria todo o pensamento que seguimos, não sendo correto interpretá-la restritivamente para se entender que seria apenas uma cobrança extrajudicial. Se assim fosse, não seria necessário utilizar a expressão *cobrar*, uma vez que, ao usar a expressão *fiscalizar*, o constituinte, a toda evidência, já legitimaria essa prerrogativa de ação extrajudicial. Concordam? Pois é... Todavia... Todavia...

Infelizmente, parece que, ao elaborar as fontes secundárias da legislação tributária (no caso, Decretos) que regulamentam a executoriedade da matéria em apreço, o “legislador”, mediante expedição de *decretos regulamentares* (Poder Executivo), não se convenceu pelo entendimento aqui

exposto, e preferiu direcionar para a competência federal a prerrogativa de executar o inadimplemento do ITR fiscalizado e arrecadado pelos Municípios. Por mais que o Decreto que regulamenta o tema não tenha disciplinado com perfeição e especificidade a questão da repetição de indébito, por coerência, só se pode aceitar que, se a legislação tributária direciona a competência para a execução fiscal em favor da União, a competência para ser ré na ação de repetição de indébito também tem de ser do referido ente, pelo menos para o "legislador". Ainda que entendamos ser incompatível com a Constituição, o que, de fato, consta da legislação tributária, é exatamente a previsão de que o ITR fiscalizado e cobrado pelos Municípios tem que ser executado pela União, por meio da PFN, devendo o passivo ser inscrito como dívida ativa da União, e, por fim, a ação repetitória ser ajuizada em face desta.

Confira-se os arts. 14, 15 e 16 do **Decreto 6.433/2008** que regula a Lei 11.250/2005, que veio disciplinar a questão em tela, conforme determinou a CRFB/1988, ao afirmar, no já citado art. 153, § 4º, III, que cabe ao Município que quiser optar, ***na forma da lei***, por fiscalizar e arrecadar o ITR. Seguem os referidos artigos:

DECRETO 6.433/2008
(...)

Art. 14. O **CGITR regulará o modo pelo qual será solicitado o pedido de restituição dos valores do ITR recolhidos indevidamente ou em montante superior ao devido**.

Art. 15. O contencioso administrativo relativo ao ITR observará a legislação tributária federal.

§ 1º No caso de impugnação e recursos, deverão eles ser protocolizados na administração tributária municipal, que procederá à devida instrução do processo administrativo fiscal e os encaminhará à unidade de julgamento da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

§ 2º As consultas relativas ao ITR serão solucionadas somente pela Receita Federal do Brasil.

Art. 16. Os **processos relativos ao ITR serão ajuizados em face da União**, que será representada em juízo pela **Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**.

§ 1º Os **Municípios prestarão auxílio sobre matéria de fato à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**, em relação aos atos de fiscalização e cobrança derivados da opção a que se refere este Decreto, na forma a ser disciplinada em ato do CGITR.

§ 2º **Os créditos tributários oriundos da aplicação deste decreto serão apurados, inscritos em Dívida Ativa da União e cobrados judicialmente pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**, sendo os valores correspondentes transferidos aos Municípios na exata razão da fiscalização por eles efetivada. (grifos nossos)

Entendemos que, ao elaborar a legislação regulamentar da matéria, o Poder Executivo cometeu terrível equívoco. No entanto, apesar de toda a crítica, **é como vem funcionando na prática**. O Decreto vem sendo aplicado e é nos termos de suas normas que está efetivado o sistema de fiscalização e arrecadação pelos Municípios.

Acreditamos que, quando o constituinte emendador dispôs que o Município pode fiscalizar e ***cobrar*** o ITR, a expressão "na forma da lei" deveria ser entendida no sentido de designar que cabe à lei regular, detalhadamente, todos os requisitos procedimentais com os quais ***o Município*** atuará ***cobrando*** o ITR, seja ***judicial ou extrajudicialmente***. Isto é, a função reservada à lei, e, lógico, a seus decretos regulamentares, seria a de ensinar os limites para que o próprio Município pudesse cobrar, mas jamais para negar ao Município o direito (e dever!) de cobrar esse passivo, já que tal atribuição lhe teria sido outorgada pelo próprio Constituinte. Lastimamos que o posicionamento

adotado na elaboração da legislação tributária tenha sido no sentido diametralmente contrário, determinando, naquilo que nos parece agressivo ao bom-senso e colidente com os parâmetros constitucionais traçados para essa situação, que caberá à União executar esse passivo fiscal caso haja sonegação, atuando por meio da PFN e ajuizando o feito na Justiça Federal.

Em face do exposto, apesar de saber que nosso entendimento crítico é seguido por vários colegas, acadêmicos que lecionam na cadeira tributária, constitucional ou processual, bem como por diversos amigos que atuam como Membros Examinadores de Comissões que organizam provas de concursos, nos curvarmos à impropriedade das regras da legislação tributária, e **recomendamos aos alunos que estão se preparando para realizar a prova da segunda fase de Direito Tributário no Exame de Ordem que, caso essa questão caia na prova, optem por endereçar a ação na Justiça Federal, encaminhando a um Juiz Federal, embasando esse ajuizamento nos arts. 14 a 16 do Decreto 6.433/2008. Do mesmo modo, o raciocínio deve ser igual no ajuizamento de ações de repetição de indébito, as quais devem ser propostas na esfera federal**.

CAPÍTULO III

MODELOS GENÉRICOS DE PETIÇÕES INICIAIS EM AÇÃO REPETITÓRIA

1. INTRODUÇÃO

Ao redigirem a inicial em apreço, chamo-lhes a atenção para alguns poucos detalhes, considerando que a estrutura da petição seguirá os moldes gerais já vistos quando da introdução dos nossos estudos, em especial, quando do estudo do nosso chamado *Manual de Petição Inicial*. Logo, seguiremos aqui a mesma técnica de visualização da petição inicial, dividida em três partes (P1, P2 e P3), para que possamos, portanto, seguir uma sequência lógica de pensamento e de didática de ensino.

Assim, tenho certeza de que vocês, meus alunos e leitores, sabem que, basicamente, são três pontos da petição inicial que mudam quando comparamos uma ação com outra. Na *P1*, temos que ter atenção com os artigos que utilizamos na fundamentação legal do ajuizamento, correto? Na *P2*, devemos observar com atenção quais serão os *tópicos especiais* que abriremos na petição, destacando termos que pretendemos deixar visíveis para a comissão examinadora que analisará nossa petição. É o que chamo, na sala de aula, de rol de "preliminares" que colocamos entre o tópico "dos fatos" e o tópico "do direito". Sem necessariamente estarmos nos referindo a uma *preliminar*, quando processualmente comparada com uma *prejudicial*, utilizamos a linguagem "preliminar" apenas para identificarmos que abrimos essa referência na petição *preliminarmente* ao tópico *do direito*, incluindo esse rol de "tópicos especiais em destaque" no meio da escrita da nossa *causa de pedir*, ou seja, entre a narrativa dos fatos e a apresentação do *direito*. Por fim, ainda na *P2*, sabemos que existe nodal importância na elaboração do *pedido*, e, de uma ação para a outra, sabemos que há variação no pedido principal e no eventual rol de pedidos acessórios. Nesses moldes, vejamos o que merece nossa atenção na petição da ação de repetição de indébito.

Quanto aos artigos e eventuais súmulas que utilizaremos para que fundamentemos nosso ajuizamento, para fins de organização do pensamento e para facilitar o aprendizado dos alunos, costumo ensiná-los o seguinte: nas ações repetitórias, o fundamento de ajuizamento se dividirá da seguinte forma:

- Art. 282 do CPC (sempre!) – requisitos da petição inicial;
- Arts. 165 e 168 do CTN (sempre!) – cabimento da repetitória e prazo;
- Referência aos juros e correção monetária
  – em face dos Estados, DF ou Municípios – citar as Súmulas 162 e 188, ambas do STJ;
  – em face da União – citar a Lei 9.250/1995 (SELIC) e a Lei 9.494/1997, art. 1º-F (Poupança).
- Se for em face da União, citar o art. 109, I, da CRFB/1988 (fundamentar o ajuizamento na

federal).

ATENÇÃO AGORA:

• Se for Repetitória com Pedido de Compensação:
– sempre fundamentar o direito de compensação;
– para fundamentar o direito à compensação, fazemos três referências:
- CTN (arts. 156, II, 170 e 170-A);
- Súmula 461 do STJ;
- Leis de Compensação do próprio ente federativo.
– sendo em face da União, citar três leis federais e um decreto, que regem a compensação federal (Lei 8.383/1991, art. 66; Lei 9.430/1996, art. 74; Lei 10.637/2002; Decreto 2.138/1997);
– sendo em face dos demais entes, basta fazer referência à “Lei Específica de compensação” (nesse caso, pode colocar entre parênteses mesmo – basta escrever: “(Lei Específica de Compensação)”.
• Se a Repetitória envolver IPI ou ICMS, tributos indiretos, citar também o art. 166 do CTN e a Súmula 546 do STF.

Nas “preliminares” da P2, sempre trabalhar, obrigatoriamente, com duas delas entre o item “dos fatos” e o item “do direito”. Nesse viés, escrever:

“DA TEMPESTIVIDADE
DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA”

Na primeira delas, o objetivo é demonstrar que se percebeu que não houve prescrição. Ou seja, que não se consumou o prazo de cinco anos previsto no art. 168 do CTN, o qual, caso estivesse consumado, fulminaria a pretensão do contribuinte de lograr êxito no seu intento repetitório, impossibilitando a procedência da ação. Importante destacar, na peça, que não se consumou a prescrição, especialmente por se tratar de um Exame no qual o candidato está sendo avaliado o tempo todo.

Na segunda preliminar acima referida, pedir para condenar a Fazenda com juros e correção monetária. Em caso de ação em face dos Estados, Distrito Federal ou Municípios, pedir a aplicação do sistema de juros e correção que o STJ consagrou como correto, ou seja, pedir a aplicação das Súmulas 162 e 188 do aludido Tribunal. Já em se tratando de ação em face da União, fazer pedido subsidiário, pleiteando que, preferencialmente, o Magistrado a condene pela SELIC (o que é melhor para o contribuinte), mas, caso entenda não ser mais aplicável a SELIC em razão da alteração da Lei 9.494/1997, pela Lei 11.960/2009, que aplique o índice da Caderneta de Poupança, nos termos do art. 1º-F da referida Lei 9.494/1997.

Qualquer que seja o caso de ação repetitória, essas duas preliminares devem entrar na sua petição inicial.

Caso você esteja diante de uma repetitória "complexa", na qual laborará em pedido de compensação, abra um tópico extra, mais uma preliminar, apenas para falar da compensação. Nesse tópico, escreva que esse direito é cabível, cite a Súmula 461 do STJ. Fale, também, que existe lei específica regendo a matéria e que o caso em tela se molda nos limites por ela estabelecidos. Afirme que o que se quer compensar é plenamente compensável, nos termos da legislação que rege a matéria. Afirme, sem esquecer, que *existe a lei de compensação* naquele ente e que o que se pretende compensar está de acordo com o que a lei permite. Cite os arts. 156, II, 170 e 170-A do CTN. Destaque qual é a dívida que o autor tem pendente e que pretende extinguir utilizando o direito de compensação. Não deixe de especificar o débito existente e que se quer extinguir pela via ora em comento. Dessa forma, a sua *P2* ganha o seguinte corpo:

"DOS FATOS;
DA TEMPESTIVIDADE;
DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA;
DA COMPENSAÇÃO;
DO DIREITO;
DO PEDIDO"

Se se estiver diante de caso que envolva ICMS ou IPI, não se esqueça do art. 166 do CTN e da Súmula 546 do STF, que estabelecem os limites dentro dos quais cabe a restituição em tais tributos. Abra um tópico à parte, mais uma preliminar, e comente essa questão. Deixe claro que é cabível a restituição, pois os limites estão respeitados. Afirme que não se aplica mais a Súmula 71 do STF. Cite a Súmula 546 da mesma Corte e o art. 166 do CTN.

Dessa forma, sua *P2* ganha mais um elemento e passa a figurar com a seguinte estrutura:

"DOS FATOS;
DA TEMPESTIVIDADE;
DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA;
DA COMPENSAÇÃO;
DA RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS INDIRETOS;
DO DIREITO;
DO PEDIDO"

Por fim, no pedido, além dos tradicionais três *pedidos genéricos* (CRÉU/PPP/$), para citação do réu, produção de provas e condenação em verbas de sucumbência e honorários advocatícios, basta fazer o pedido principal, requerendo que julgue procedente a ação. Na repetitória não fazemos pedidos acessórios, não é necessário.

Quanto ao pedido de procedência, basta solicitar que o julgue procedente para ***condenar a***

Fazenda a restituir o montante pago indevidamente, conforme anteriormente exposto.

Caso esteja diante de uma repetitória com pedido de compensação, destaque. no pedido principal, o desejo de ver aplicada a compensação. Logo, pedir para ***julgá-lo procedente para condenar a fazenda a restituir o montante pago indevidamente, conforme* retro *apresentado, aplicando-se o procedimento da compensação, nos termos* supra *citados, almejando-se a extinção do crédito devido também acima indicado***.

2. MODELOS DE PETIÇÃO INICIAL

REPETITÓRIA SIMPLES (SEM PEDIDO DE COMPENSAÇÃO) – MATÉRIA ESTADUAL/MUNICIPAL

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... da Comarca ...

Carlos Vinha, (nacionalidade), (estado civil), (profissão), (domicílio / residência), (CPF / Identidade), vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo com todas as informações qualificadoras e endereço para os fins do art. 39 do CPC), respeitosamente, perante V. Exª, nos termos dos artigos 282, CPC, 165 e 168, CTN, bem como das Súmulas 162 e 188 do STJ, ajuizar a presente

AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO

em face do Município ..., pessoa jurídica de direito público interno, e sua respectiva fazenda pública, (endereço), diante dos fatos e fundamentos a seguir narrados.

I – DOS FATOS

II – DA TEMPESTIVIDADE (ART. 168, CTN)

III – DO PAGAMENTO INDEVIDO

IV – DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

V – DO DIREITO

VI – PEDIDO

Dá-se à causa o valor de R$...

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

____

REPETITÓRIA SIMPLES
(SEM PEDIDO DE COMPENSAÇÃO)
– MATÉRIA FEDERAL

Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da ... Vara Federal ... da Seção Judiciária ...

Sociedade LTDA PB, (CNPJ), (Inscrição), (domicílio), atos constitutivos em anexo com as demais qualificações necessárias, vem, por meio de seu advogado, procuração acostada com todas as informações qualificadoras e endereço para os fins do art. 39 do CPC), respeitosamente, perante V. Exª, nos termos dos artigos 282, CPC, 165 e 168, CTN, bem com das Leis 9.250/95 e 9.494/97, art.1º-F, ajuizar a presente

AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO

em face da União Federal, pessoa jurídica de direito público interno, e sua respectiva fazenda pública, (endereço), diante dos fatos e fundamentos a seguir narrados.

I – DOS FATOS

II – DA TEMPESTIVIDADE (ART. 168, CTN)

III – DO PAGAMENTO INDEVIDO

IV – DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

V – DO DIREITO

VI – PEDIDO

Dá-se à causa o valor de R$...

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

____

REPETITÓRIA “COMPLEXA” (COM PEDIDO DE COMPENSAÇÃO) – MATÉRIA ESTADUAL/MUNICIPAL

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... da Comarca ...

Carlos Vinha, (nacionalidade), (estado civil), (profissão), (domicílio / residência), (CPF / Identidade), vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo com todas as informações qualificadoras e endereço para os fins do art. 39 do CPC), respeitosamente, perante V. Exª, nos termos dos artigos 282, CPC, 165 e 168, CTN, bem como dos arts. 156, II, 170 e 170-A do mesmo diploma, e ainda com fulcro na lei específica local que rege a compensação (Lei nº...), assim como com amparo nas Súmulas 461, 162 e 188 do STJ, ajuizar a presente

AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO CUMULADA COM PEDIDO DE COMPENSAÇÃO

em face do Município ..., pessoa jurídica de direito público interno, e sua respectiva fazenda pública, (endereço), diante dos fatos e fundamentos a seguir narrados.

I – DOS FATOS

II – DA TEMPESTIVIDADE (ART. 168, CTN)

III – DO PAGAMENTO INDEVIDO

IV – DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

V – DO DIREITO

VI – DA COMPENSAÇÃO

VII – DO PEDIDO

Dá-se à causa o valor de R$...

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

____

REPETITÓRIA "COMPLEXA"
(COM PEDIDO DE COMPENSAÇÃO)
– TRIBUTOS ARRECADADOS PELA UNIÃO

Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da ... Vara Federal ... da Seção Judiciária ...

Carlos Vinha, (nacionalidade), (estado civil), (profissão), (domicílio / residência), (CPF / Identidade), vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo com todas as informações qualificadoras e endereço para os fins do art. 39 do CPC), respeitosamente, perante V. Exª, nos termos dos artigos 282, CPC, 165 e 168, CTN, bem como dos arts. 156, II, 170 e 170-A do mesmo diploma e ainda com fulcro nas leis específicas que regem a compensação federal, dentre elas a Lei 8.383/91, a Lei 9.430/96, a Lei 10.637/02 e, também, o Decreto 2.138/97, assim como com amparo na Súmula 461 do STJ e, por fim, com apoio nas Leis 9.250/95 e 9.494/97, art.1º-F, ajuizar a presente

AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO
CUMULADA COM PEDIDO DE COMPENSAÇÃO

em face da União Federal, pessoa jurídica de direito público interno, e sua respectiva fazenda pública, (endereço), diante dos fatos e fundamentos a seguir narrados.

I – DOS FATOS

II – DA TEMPESTIVIDADE (ART. 168, CTN)

III – DO PAGAMENTO INDEVIDO

IV – DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

V – DO DIREITO

VI – DA COMPENSAÇÃO

VII – DO PEDIDO

Dá-se à causa o valor de R$...

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

____

REPETITÓRIA ESPECIAL DOS CASOS
DA SÚMULA 447 DO STJ. IMPOSTO DE RENDA RETIDO INDEVIDAMENTE NA FONTE. SERVIDOR ESTADUAL.
REPETITÓRIA "COMPLEXA"
(COM PEDIDO DE COMPENSAÇÃO)

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... da Comarca ...

Carlos Vinha, (nacionalidade), (estado civil), (profissão), (domicílio / residência), (CPF / Identidade), vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo com todas as informações qualificadoras e endereço para os fins do art. 39 do CPC), respeitosamente, perante V. Exª, nos termos dos artigos 282, CPC, 165 e 168, CTN, bem como dos arts. 156, II, 170 e 170-A do mesmo diploma, e ainda com fulcro na lei específica local que rege a compensação (Lei nº...), assim como com amparo nas Súmulas 447, 461, 162 e 188 do STJ, ajuizar a presente

AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO
CUMULADA COM PEDIDO DE COMPENSAÇÃO

em face do Estado ..., pessoa jurídica de direito público interno, e sua respectiva Fazenda Pública, (endereço), diante dos fatos e fundamentos a seguir narrados.

I – DOS FATOS

II – DA TEMPESTIVIDADE (ART. 168, CTN)

III – DO PAGAMENTO INDEVIDO

IV – DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

V – DO DIREITO

VI – DA COMPENSAÇÃO

VII – DO PEDIDO

Dá-se à causa o valor de R$...

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

____

REPETITÓRIA ESPECIAL NOS CASOS DE ITR ARRECADADO 100% PELOS MUNICÍPIOS. REPETITÓRIA "SIMPLES" (SEM PEDIDO DE COMPENSAÇÃO)

Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da ... Vara Federal ... da Seção Judiciária ...

Carlos Vinha, (nacionalidade), (estado civil), (profissão), (domicílio / residência), (CPF / Identidade), vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo com todas as informações qualificadoras e endereço para os fins do art. 39 do CPC), respeitosamente, perante V. Exª, nos termos dos artigos 109, I, CRFB/88 c/c 153, § 4º, III, CRFB/88 e Lei 11.250/05 c/c arts. 14 a 16 do Decreto Federal 6.433/08, bem como ainda o art. 282, CPC, arts. 165 e 168, CTN, e também com amparo nas Leis 9.250/95 e 9.494/97, art.1º-F, ajuizar a presente

AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO

em face da União Federal ..., pessoa jurídica de direito público interno, e sua respectiva fazenda pública nacional, (endereço), diante dos fatos e fundamentos a seguir narrados.

I – DOS FATOS

II – DA TEMPESTIVIDADE (ART. 168, CTN)

III – DO PAGAMENTO INDEVIDO

IV – DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

V – DO DIREITO

VI – DO PEDIDO

Dá-se à causa o valor de R$...

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

____

AÇÃO REPETITÓRIA CUMULADA COM ANULATÓRIA. REPETITÓRIA SIMPLES (SEM PEDIDO DE COMPENSAÇÃO) – MATÉRIA ESTADUAL /MUNICIPAL. ANULATÓRIA COM PEDIDO DE DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... da Comarca ...

Carlos Vinha, (nacionalidade), (estado civil), (profissão), (domicílio / residência), (CPF / Identidade), vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo com todas as informações qualificadoras e endereço para os fins do art. 39 do CPC), respeitosamente, perante V. Exª, nos termos dos artigos 282, CPC, 165 e 168, CTN, bem como das Súmulas 162 e 188 do STJ, e, também, art. 38, p. único, da Lei 6.830/80, assim como arts.151, II, e 156, X, do CTN, e por fim a Súmula 112 do STJ, ajuizar a presente

AÇÃO REPETITÓRIA CUMULADA COM ANULATÓRIA

em face do Município ..., pessoa jurídica de direito público interno, e sua respectiva fazenda pública, (endereço), diante dos fatos e fundamentos a seguir narrados.

I – DOS FATOS

II – DA TEMPESTIVIDADE (ART. 168, CTN)

III – DO PAGAMENTO INDEVIDO

IV – DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

V – DO LANÇAMENTO A SER ANULADO E DO DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL EM DINHEIRO

VI – DO DIREITO

VII – PEDIDO

Dá-se à causa o valor de R$...

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

____

AÇÃO REPETITÓRIA CUMULADA COM ANULATÓRIA. REPETITÓRIA SIMPLES (SEM PEDIDO DE COMPENSAÇÃO) – MATÉRIA FEDERAL. ANULATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA

Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da ... Vara Federal da Seção Judiciária ...

Carlos Vinha, (nacionalidade), (estado civil), (profissão), (domicílio / residência), (CPF / Identidade), vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo com todas as informações qualificadoras e endereço para os fins do art. 39 do CPC), respeitosamente, perante V. Exª, nos termos dos artigos 282, CPC, 165 e 168, CTN, bem como das Leis 9.250/95 e 9.494/97, art. 1º-F, e, também, art. 38, parágrafo único, da Lei 6.830/80, assim como art. 273 do CPC, arts. 151, V, e 156, X, do CTN, ajuizar a presente

AÇÃO REPETITÓRIA CUMULADA COM ANULATÓRIA CUMULADA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA

em face da União Federal ..., pessoa jurídica de direito público interno, e sua respectiva fazenda pública, (endereço), diante dos

fatos e fundamentos a seguir narrados.

I – DOS FATOS

II – DA TEMPESTIVIDADE (ART. 168, CTN)

III – DO PAGAMENTO INDEVIDO

IV – DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

V – DO LANÇAMENTO A SER ANULADO E DO PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA

VI – DO DIREITO

VII – PEDIDO

Dá-se à causa o valor de R$...

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

____

AÇÃO REPETITÓRIA CUMULADA COM ANULATÓRIA. REPETITÓRIA "COMPLEXA" (COM PEDIDO DE COMPENSAÇÃO) – MATÉRIA FEDERAL. ANULATÓRIA COM PEDIDO DE DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL

Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da ... Vara Federal da Seção Judiciária ...

Carlos Vinha, (nacionalidade), (estado civil), (profissão), (domicílio / residência), (CPF / Identidade), vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo com todas as informações qualificadoras e endereço para os fins do art. 39 do CPC), respeitosamente, perante V. Exª, nos termos dos artigos 282, CPC, 165 e 168, CTN, bem como das Leis 9.250/95 e 9.494/97, art. 1º-F, e, ainda, arts. 156, II, 170 e 170-A do CTN e ainda com fulcro nas leis específicas que regem a compensação federal, dentre elas a Lei 8.383/91, a Lei 9.430/96, a Lei 10.637/02 e, também, o Decreto 2.138/97, com amparo na Súmula 461 do STJ e, também, com fulcro no art. 38, parágrafo único, da Lei 6.830/80, assim como arts. 151, II, e 156, X, do CTN, e por fim a Súmula 112 do STJ, ajuizar a presente

**AÇÃO REPETITÓRIA CUMULADA
COM PEDIDO DE COMPENSAÇÃO CUMULADA
COM ANULATÓRIA**

em face da União Federal ..., pessoa jurídica de direito público interno, e sua respectiva fazenda pública, (endereço), diante dos fatos e fundamentos a seguir narrados.

I – DOS FATOS

II – DA TEMPESTIVIDADE (ART. 168, CTN)

III – DO PAGAMENTO INDEVIDO

IV – DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

V – DA COMPENSAÇÃO

VI – DO LANÇAMENTO A SER ANULADO E DO DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL EM DINHEIRO

VII – DO DIREITO

VIII – PEDIDO

Dá-se à causa o valor de R$...

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

____

AÇÃO REPETITÓRIA CUMULADA COM DECLARATÓRIA. REPETITÓRIA "COMPLEXA" (COM PEDIDO DE COMPENSAÇÃO) – MATÉRIA ESTADUAL/MUNICIPAL. DECLARATÓRIA DE DIREITO A ISENÇÃO

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... da Comarca ...

Carlos Vinha, (nacionalidade), (estado civil), (profissão), (domicílio / residência), (CPF / Identidade), vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo com todas as informações qualificadoras e endereço para os fins do art. 39 do CPC), respeitosamente, perante V. Exª, nos termos dos artigos 282, CPC, 165 e 168, CTN, bem como dos arts. 156, II, 170 e 170-A do mesmo diploma, e ainda com fulcro na lei específica local que rege a compensação (Lei nº...), assim como com amparo nas Súmulas 461, 162 e 188, do STJ, e, por fim, art. 4º do CPC, ajuizar a presente

AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO
CUMULADA COM PEDIDO DE COMPENSAÇÃO
CUMULADA COM DECLARATÓRIA
DE DIREITO A ISENÇÃO

em face do Estado ..., pessoa jurídica de direito público interno, e sua respectiva fazenda pública, (endereço), diante dos fatos e fundamentos a seguir narrados.

I – DOS FATOS

II – DA TEMPESTIVIDADE (ART. 168, CTN)

III – DO PAGAMENTO INDEVIDO

IV – DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

V – DO DIREITO A ISENÇÃO

VI – DA COMPENSAÇÃO

VII – DO PEDIDO

Dá-se à causa o valor de R$...

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

____

REPETITÓRIA "COMPLEXA" (COM PEDIDO DE COMPENSAÇÃO) – TRIBUTOS ARRECADADOS PELA UNIÃO. TRIBUTO INDIRETO. IPI

Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da ... Vara Federal ... da Seção Judiciária ...

Sociedade LTDA PB, (CNPJ), (Inscrição), (domicílio), atos constitutivos em anexo com as demais qualificações necessárias, vem, por meio de seu advogado, procuração acostada com todas as informações qualificadoras e endereço para os fins do art. 39 do CPC, respeitosamente, perante V. Exª, nos termos dos artigos 282, CPC, 165, 166 e 168, CTN, bem como dos arts. 156, II, 170 e 170-A do mesmo diploma e ainda com fulcro nas leis específicas que regem a compensação federal, dentre elas a Lei 8.383/91, a Lei 9.430/96, a Lei 10.637/02 e, também, o Decreto 2.138/97, assim como com amparo nas Súmulas 461 do STJ e 546 do STF, e, por fim, com apoio nas Leis 9.250/95 e 9.494/97, art.1º-F, ajuizar a presente

AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO
CUMULADA COM PEDIDO DE COMPENSAÇÃO

em face da União Federal, pessoa jurídica de direito público interno, e sua respectiva fazenda pública, (endereço), diante dos fatos e fundamentos a seguir narrados.

I – DOS FATOS

II – DA TEMPESTIVIDADE (ART. 168, CTN)

III – DO PAGAMENTO INDEVIDO

IV – DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

V – DA RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS INDIRETOS

VI – DA COMPENSAÇÃO

VII – DO DIREITO

VIII – DO PEDIDO

Dá-se à causa o valor de R$...

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

____

REPETITÓRIA "COMPLEXA"
(COM PEDIDO DE COMPENSAÇÃO) – TRIBUTO INDIRETO. ICMS

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... da Comarca ...

Sociedade LTDA PB, (CNPJ), (Inscrição), (domicílio), atos constitutivos em anexo com as demais qualificações necessárias, vem, por meio de seu advogado, procuração acostada com todas as informações qualificadoras e endereço para os fins do art. 39 do CPC), respeitosamente, perante V. Exª, nos termos dos artigos 282, CPC, 165, 166 e 168, CTN, bem como dos arts. 156, II, 170 e 170-A do mesmo diploma e ainda com fulcro na lei específica que rege a compensação tributária no Estado ..., assim como com amparo nas Súmulas 162, 188 e 461 do STJ, além da Súmula 546 do STF, ajuizar a presente

AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO
CUMULADA COM PEDIDO DE COMPENSAÇÃO

em face do Estado ..., pessoa jurídica de direito público interno, e sua respectiva fazenda pública estadual, (endereço), diante dos fatos e fundamentos a seguir narrados.

I – DOS FATOS

II – DA TEMPESTIVIDADE (ART. 168, CTN)

III – DO PAGAMENTO INDEVIDO

IV – DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

V – DA RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS INDIRETOS

VI – DA COMPENSAÇÃO

VII – DO DIREITO

VIII – DO PEDIDO

Dá-se à causa o valor de R$...

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

CAPÍTULO IV

PETIÇÕES INICIAIS COM A ELABORAÇÃO DO CONTEÚDO DE ALGUNS TÓPICOS DA PEÇA

AÇÃO REPETITÓRIA SIMPLES
(NÃO HÁ PEDIDO DE COMPENSAÇÃO)

(Endereçamento Justiça Estadual)

Excelentíssimo Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... (Fazenda Pública/Civil/Única/Especializada) da Comarca do Município de ... Estado ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF e Identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo, com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante Vossa Excelência, nos termos do art. 282 do CPC, dos arts. 165, I, 167, parágrafo único, bem como do art. 168, todos do CTN, e, ainda, das Súmulas 162 e 188 do STJ, ajuizar a presente

AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO

em face do Município ..., pessoa jurídica de direito público interno, endereço e sua respectiva Fazenda Pública Municipal, diante dos fatos e fundamentos a seguir narrados:

I – DOS FATOS

II – DA TEMPESTIVIDADE

O autor da presente afirma que o ajuizamento da ação em tela se faz tempestivo, já que dentro do prazo de 5 anos a que se refere o art. 168 do CTN. Portanto, registra que não ocorreu a prescrição, de sorte que a pretensão de condenar a ré a ressarcir a quantia indevidamente paga está viva.

III – DO PAGAMENTO INDEVIDO

O autor esclarece que o pagamento indevido se fez na quantia de R$ ..., e relativamente a uma suposta dívida do tributo ... . Por oportuno, registra que segue em anexo o comprovante de tal pagamento (DOC. ...).

IV – DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

O autor da presente pede possa Vossa Excelência, ao julgar procedente a ação, determinar que se aplique sobre o valor do pagamento indevidamente feito o acréscimo dos juros e correção monetária, na forma da lei. Ademais, que possa observar o art.

167, parágrafo único, do CTN, bem como as Súmulas 162 e 188 do STJ, de sorte que a correção monetária deve correr desde a data do pagamento indevido, e os juros vencendo a partir do trânsito em julgado da sentença.

V – DO DIREITO

VI – DOS PEDIDOS

a) requer a citação do Réu, na pessoa de seu representante legal, para oferecer resposta;

b) requer a permissão para a produção de todas as provas admissíveis em direito e necessárias para o deslinde da causa;

c) requer a condenação do Réu ao pagamento das verbas sucumbenciais devidas destacando as custas judiciais e os honorários advocatícios, nos termos do art. 20 do CPC;

d) (RJP) requer julgue procedente a ação para fins de condenar a ré a restituir o valor indevidamente pago já acrescido dos juros e correção monetária, na forma da lei, conforme anteriormente exposto, e com fundamento no art. 167, parágrafo único, do CPC e nas Súmulas 162 e 188 do STJ.

Dá-se à causa o valor de R$ ... (consoante arts. 258 a 261 do CPC; valor do pagamento indevido)

Termos em que

Pede Deferimento

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

AÇÃO REPETITÓRIA COMPLEXA (COM PEDIDO DE COMPENSAÇÃO)

(Endereçamento Justiça Estadual)

Excelentíssimo Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... (Fazenda Pública/Civil/Única/Especializada) da Comarca do Município de ... Estado ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF e Identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo, com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante Vossa Excelência, nos termos do art. 282 do CPC, dos arts. 165, I, 167, parágrafo único, bem como dos arts. 168, 170, 170-A e 156, II, todos do CTN, e, ainda, das Súmulas 162, 188 e 461 do STJ, e por fim, da Lei Estadual ..., ajuizar a presente

AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO COM PEDIDO DE COMPENSAÇÃO

em face do Município ..., pessoa jurídica de direito público interno, endereço e sua respectiva Fazenda Pública Municipal, diante dos fatos e fundamentos a seguir narrados:

I – DOS FATOS

II – DA TEMPESTIVIDADE

O autor da presente afirma que o ajuizamento da ação em tela se faz tempestivo, já que dentro do prazo de 5 anos a que se refere o art. 168 do CTN. Portanto, registra que não ocorreu a prescrição, de sorte que a pretensão de condenar a ré a ressarcir a quantia indevidamente paga está viva.

III – DO PAGAMENTO INDEVIDO

O autor esclarece que o pagamento indevido se fez na quantia de R$ ..., e relativamente a uma suposta dívida do tributo ... . Por oportuno, registra que segue em anexo o comprovante de tal pagamento (DOC. ...).

IV – DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

O autor da presente pede possa Vossa Excelência, ao julgar procedente a ação, determinar que se aplique sobre o valor do pagamento indevidamente feito o acréscimo dos juros e correção monetária, na forma da lei. Ademais, que possa observar o art. 167, parágrafo único, do CTN, bem como as Súmulas ١٦٢ e ١٨٨ do STJ, de sorte que a correção monetária deve correr desde a data do pagamento indevido, e os juros vencendo a partir do trânsito em julgado da sentença.

V – DO DIREITO

VI – DO DIREITO À COMPENSAÇÃO

O autor da ação esclarece que pretende fazer uso do procedimento de compensação judicial. A compensação é uma via de extinção do crédito tributário, prevista nos arts. 156, II, 170 e 170-A do CTN. Vale frisar que tal procedimento pode ser utilizado no bojo de ações como a presente, vide Súmula 461 do STJ. Insta frisar, também, que o objeto da compensação ora pretendida é autorizado pela Lei ..., que se apresenta como a lei de compensação tributária da Ré.

Diferente do direito civil, o direito à compensação nas relações tributarias respeita limites, os quais se erguem para promover um equilíbrio entre o exercício do direito do contribuinte de compensar o que pagou indevido com a dívida pendente e o interesse público, especialmente no que tange ao equilíbrio orçamentário do Estado. Oportuno registrar que existe lei regendo a compensação ora pretendida, a qual autoriza compensar pagamentos indevidamente feitos, a título de suposta dívida de ... (mencionar o tributo), com dívidas pendentes também relativas ao (tributo ...), conforme pretende o Autor.

Em face do exposto, pede que Vossa Excelência ordene, ao final, que se aplique a compensação, conforme ora se pleiteia, para fins de se extinguir o crédito tributário devido, nos termos do art. 156, II, do CTN.

VII – DOS PEDIDOS

a) requer a citação do Réu, na pessoa de seu representante legal, para oferecer resposta;

b) requer permissão para a produção de todas as provas admissíveis em direito e necessárias para o deslinde da causa;

c) requer a condenação do Réu ao pagamento das verbas sucumbenciais devidas destacando as custas judiciais e os honorários advocatícios, nos termos do art. 20 do CPC;

d) (RJP) requer julgue procedente a ação para fins de condenar a ré a restituir o valor indevidamente pago já acrescido dos juros e correção monetária, na forma da lei, conforme anteriormente exposto, e com fundamento no art. 167, parágrafo único, do CPC e nas Súmulas 162 e 188 do STJ, procedendo, enfim, à compensação pleiteada na presente, mediante os limites estabelecidos legalmente.

Dá-se à causa o valor de R$ ... (consoante arts. 258 a 261 do CPC; valor do pagamento indevido)

Termos em que

Pede Deferimento

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

AÇÃO REPETITÓRIA ESPECIAL
(ENVOLVENDO TRIBUTOS INDIRETOS, IPI, ISS E ICMS)

(Endereçamento Justiça Federal)

Excelentíssimo Sr. Dr. Juiz Federal ... da Vara Federal da ... Seção Judiciária de ... do ... Estado de ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF e Identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo, com qualificações e endereço, para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante Vossa Excelência, nos termos do art. 282 do CPC, do art. 109, I, da CRFB/1988, dos arts. 156, II, 165, I, 166, 167, parágrafo único, 168, 170 e 170-A, todos do CTN, e, ainda, da Súmula 461 do STJ e da Súmula 546 do STF, bem como da Lei 9.250/1995, art. 1.º-F da Lei 9.494/1997, art. 66 da Lei 8.383/1991, art. 74 da Lei 9.430/1996, da Lei 10.637/2002 e do Decreto 2.138/1997, ajuizar a presente

AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO
COM PEDIDO DE COMPENSAÇÃO

em face do Município ..., pessoa jurídica de direito público interno, endereço e sua respectiva Fazenda Pública Municipal, diante dos fatos e fundamentos a seguir narrados:

I – DOS FATOS

O aluno deve interpretar a história + transposição com as próprias palavras

II – DA TEMPESTIVIDADE

O autor da presente afirma que o ajuizamento da ação em tela se faz tempestivo, já que dentro do prazo de 5 anos a que se refere o art. 168 do CTN. Portanto, registra que não ocorreu a prescrição, de sorte que a pretensão de condenar a ré a ressarcir a quantia indevidamente paga está viva.

III – DO PAGAMENTO INDEVIDO

O autor esclarece que o pagamento indevido se fez na quantia de R$ ..., e relativamente a uma suposta dívida do tributo ... . Por oportuno, registra que segue em anexo o comprovante de tal pagamento (DOC. ...).

IV – DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

O autor da presente pede possa Vossa Excelência, ao julgar procedente a ação, determinar que se aplique sobre o valor do

pagamento indevidamente feito o acréscimo dos juros e correção monetária, na forma da lei. Ademais, que possa observar o art. 167, parágrafo único, do CTN, bem como as Súmulas 162 e 188 do STJ, de sorte que a correção monetária deve correr desde a data do pagamento indevido, e os juros vencendo a partir do trânsito em julgado da sentença.

V – DO DIREITO

VI – DO DIREITO À COMPENSAÇÃO

O autor da ação esclarece que pretende fazer uso do procedimento de compensação judicial. A compensação é uma via de extinção do crédito tributário, prevista no CTN, arts. 156, II, 170 e 170-A. Vale frisar que tal procedimento pode ser utilizado no bojo de ações como a presente, vide Súmula 461 do STJ. Insta frisar, também, que o objeto da compensação ora pretendida é autorizado pela Lei ..., que se apresenta como a lei de compensação tributária da Ré.

Diferente do direito civil, o direito à compensação nas relações tributarias respeita limites, os quais se erguem para promover um equilíbrio entre o exercício do direito do contribuinte de compensar o que pagou indevido com a dívida pendente e o interesse público, especialmente no que tange ao equilíbrio orçamentário do Estado. Oportuno registrar que existe lei regendo a compensação ora pretendida, a qual autoriza compensar pagamentos indevidamente feitos, a título de suposta dívida de ... (mencionar o tributo), com dívidas pendentes também relativas ao (tributo ...), conforme pretende o Autor.

Em face do exposto, pede que Vossa Excelência ordene, ao final, que se aplique a compensação, conforme ora se pleiteia, para fins de se extinguir o crédito tributário devido, nos termos do art. 156, II, do CTN.

VII – DA RESTITUIÇÃO DE TRIBUTO INDIRETO

O autor tem ciência que, para que caiba a restituição da quantia indevidamente paga, relativamente a uma suposta dívida de tributos indiretos, certos limites precisam ser observados, o que ocorre no caso em tela. Tais limites estão previstos no art. 166 do CTN e na Súmula 546 do STF.

É necessário que se prove um de dois requisitos, quais seja: Ou que não ocorreu o repasse do encargo fiscal indevidamente recolhido, para o consumidor final (hipótese em que o contribuinte de direito suportou o encargo fiscal), ou, então, se provar que, caso dito repasse tenha sido feito, que o contribuinte de fato deu autorização ao contribuinte de direito para pleitear a restituição.

O autor registra que ditos limites encontram-se plenamente respeitados, vide doc. ..., em anexo, por assim ser, pleiteia a restituição do valor indevidamente pago.

VIII – DOS PEDIDOS

a) requer a citação do Réu, na pessoa de seu representante legal, para oferecer resposta;

b) requer a permissão para a produção de todas as provas admissíveis em direito e necessárias para o deslinde da causa;

c) requer a condenação do Réu ao pagamento das verbas sucumbenciais devidas destacando as custas judiciais e os honorários advocatícios, nos termos do art. 20 do CPC;

d) (RJP) requer julgue procedente a ação para fins de condenar a ré a restituir o valor indevidamente pago já acrescido dos juros e correção monetária, na forma da lei, conforme ante exposto, e com fundamento no art. 167, parágrafo único, do CPC e nas Súmulas 162 e 188 do STJ, procedendo, enfim, à compensação pleiteada na presente, mediante os limites estabelecidos legalmente.

Dá-se à **causa o valor de R$ ... (consoante arts. 258 a 261 do CPC; valor do pagamento indevido)**

Termos em que

Pede Deferimento

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

AÇÃO REPETITÓRIA CUMULADA COM DECLARATÓRIA OU ANULATÓRIA

Obs.: o modelo de Ação Repetitória cumulada com Ação Anulatória se encontra no capítulo da Ação Anulatória.

(Endereçamento Justiça Estadual)

Excelentíssimo Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... (Fazenda Pública/Civil/Única/Especializada) da Comarca do Município de ... Estado ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF e Identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo, com qualificações e endereço, para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante Vossa Excelência, nos termos dos arts. 4.º, 273 e 282 do CPC, dos arts. 165, I, 167, parágrafo único, bem como do art. 168, todos do CTN, e, ainda, das Súmulas 162 e 188 do STJ, ajuizar a presente

**AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO
CUMULADA COM AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM TUTELA ANTECIPADA**

em face do Município ..., pessoa jurídica de direito público interno, endereço e sua respectiva Fazenda Pública Municipal, diante dos fatos e fundamentos a seguir narrados:

I – DOS FATOS

II – DA TEMPESTIVIDADE

O autor da presente afirma que o ajuizamento da ação em tela se faz tempestivo, já que dentro do prazo de 5 anos a que se refere o art. 168 do CTN. Portanto, registra que não ocorreu a prescrição, de sorte que a pretensão de condenar a ré a ressarcir a quantia indevidamente paga está viva.

III – DO PAGAMENTO INDEVIDO

O autor esclarece que o pagamento indevido se fez na quantia de R$ ..., e relativamente a uma suposta dívida do tributo ... . Por oportuno, registra que segue em anexo o comprovante de tal pagamento (DOC. ...).

IV – DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

O autor da presente pede possa Vossa Excelência, ao julgar procedente a ação, determinar que se aplique sobre o valor do pagamento indevidamente feito o acréscimo dos juros e correção monetária, na forma da lei. Ademais, que possa observar o art. 167, parágrafo único, do CTN, bem como as Súmulas ١٦٢ e ١٨٨ do STJ, de sorte que a correção monetária deve correr desde a

data do pagamento indevido, e os juros vencendo a partir do trânsito em julgado da sentença.

V – DECLARAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DE RALAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL TRIBUTÁRIA

VI – DA TUTELA ANTECIPADA

O autor da presente pede possa vossa excelência deferir a tutela jurisdicional pretendida de modo antecipado, já que todos os requisitos necessários para tal provimento restam presentes, conforme exige o art. 273 do CPC.

No que tange à fumaça do bom direito, a mesma se revela presente de modo inequívoco, de sorte que é verossímil o que alega o autor, existe o juízo de probabilidade do deferimento definitivo da tutela ao final, o *fumus boni iuris* está presente, vide fundamentação anteriormente exposta.

No que tange ao *periculum in mora*, também se revela presente de forma transparente, existe risco de ocorrência de dano de difícil e incerta reparação contra o autor da presente, caso a tutela jurisdicional não seja antecipada como se pleiteia, e somente seja concedida ao final, o *periculum in mora* é flagrante.

Sugere o autor reflexão, no sentido de que parece crível aceitar que o deferimento da tutela, no caso presente, não afetaria os interesses da Fazenda Pública.

VII – DO DIREITO

VIII – DOS PEDIDOS

a) requer a citação do Réu, na pessoa de seu representante legal, para oferecer resposta;

b) requer a permissão para a produção de todas as provas admissíveis em direito e necessárias para o deslinde da causa;

c) requer a condenação do Réu ao pagamento das verbas sucumbenciais devidas destacando as custas judiciais e os honorários advocatícios, nos termos do art. 20 do CPC;

d) (RJP) requer julgue procedente a ação para fins de condenar a Ré a restituir a quantia indevidamente paga já acrescida dos juros e correção monetária, na forma da lei, conforme anteriormente exposto, e com fundamento no art. 167, parágrafo único, do CPC e nas Súmulas 162 e 188 do STJ;

e) (RJP) requer julgue procedente a ação para fins de declarar a inexistência de relação jurídica obrigacional tributária entre as partes, nos moldes já esposados acima;

f) reafirma o pedido de tutela antecipada nos moldes já apresentados anteriormente.

Dá-se à causa o valor de R$ ... (consoante arts. 258 a 261 do CPC; valor do pagamento indevido)

Termos em que

Pede Deferimento

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

ANEXO – SÚMULAS E LEGISLAÇÃO

1. SÚMULAS DO STJ

Súmula 112 – O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro.

Súmula 162 – Na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido.

Súmula 188 – Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença.

Súmula 461 – O contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado.

2. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

Lei 8.383/1991, de 30 de dezembro de 1991

Institui a Unidade Fiscal de Referência, altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências.

CAPÍTULO VIII

Das Disposições Finais e Transitórias

(...)

Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos, contribuições federais, inclusive previdenciárias, e receitas patrimoniais, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a período subsequente. (Redação dada pela Lei 9.069, de 29.06.1995) (Vide Lei 9.250, de 1995)

§ 1º A compensação só poderá ser efetuada entre tributos, contribuições e receitas da mesma espécie. (Redação dada pela Lei 9.069, de 29.06.1995)

§ 2º É facultado ao contribuinte optar pelo pedido de restituição. (Redação dada pela Lei 9.069, de 29.06.1995)

§ 3º A compensação ou restituição será efetuada pelo valor do tributo ou contribuição ou receita corrigido monetariamente com base na variação da UFIR. (Redação dada pela Lei 9.069, de 29.06.1995)

§ 4º As Secretarias da Receita Federal e do Patrimônio da União e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS expedirão as instruções necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo. (Redação dada pela Lei 9.069, de 29.06.1995)

Lei 9.430/1996, de 27 de dezembro de 1996

Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências.

CAPÍTULO V

Disposições gerais
(...)

Seção VII
Restituição e Compensação de Tributos e Contribuições

Art. 73. A restituição e o ressarcimento de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a restituição de pagamentos efetuados mediante DARF e GPS cuja receita não seja administrada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil será efetuada depois de verificada a ausência de débitos em nome do sujeito passivo credor perante a Fazenda Nacional. (Redação dada pela Lei n.º ١٢.٨٤٤, de ٢٠١٣)

I – (revogado); (Redação dada pela Lei n.º ١٢.٨٤٤, de 2013)

II – (revogado). (Redação dada pela Lei n.º ١٢.٨٤٤, de ٢٠١٣)

Parágrafo único. Existindo débitos, não parcelados ou parcelados sem garantia, inclusive inscritos em Dívida Ativa da União, os créditos serão utilizados para quitação desses débitos, observado o seguinte: (Incluído pela Lei n.º ١٢.٨٤٤, de 2013)

I – o valor bruto da restituição ou do ressarcimento será debitado à conta do tributo a que se referir; (Incluído pela Lei n.º ١٢.٨٤٤, de 2013)

II – a parcela utilizada para a quitação de débitos do contribuinte ou responsável será creditada à conta do respectivo tributo. (Incluído pela Lei n.º ١٢.٨٤٤, de ٢٠١٣)

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão. (Redação dada pela Lei n.º ١٠.٦٣٧, de ٢٠٠٢)

§ ١.º A compensação de que trata o *caput* será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados. (Incluído pela Lei n.º ١٠.٦٣٧, de ٢٠٠٢)

§ ٢.º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação. (Incluído pela Lei n.º ١٠.٦٣٧, de ٢٠٠٢)

§ ٣.º Além das hipóteses previstas nas leis específicas de cada tributo ou contribuição, não poderão ser objeto de compensação mediante entrega, pelo sujeito passivo, da declaração referida no § ١.º: (Redação dada pela Lei n.º ١٠.٨٣٣, de 2003)

I – o saldo a restituir apurado na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física; (Incluído pela Lei n. º ١٠.٦٣٧, de 2002)

II – os débitos relativos a tributos e contribuições devidos no registro da Declaração de Importação; (Incluído pela Lei n.º ١٠.٦٣٧, de 2002)

III – os débitos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal que já tenham sido encaminhados à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União; (Incluído pela Lei n.º ١٠.٨٣٣, de 2003)

IV – o débito consolidado em qualquer modalidade de parcelamento concedido pela Secretaria da Receita Federal – SRF; (Redação dada pela Lei n.º ١١.٠٥١, de 2004)

V – o débito que já tenha sido objeto de compensação não homologada, ainda que a compensação se encontre pendente de decisão definitiva na esfera administrativa; e (Redação dada pela Lei n.º ١١.٠٥١, de 2004)

VI – o valor objeto de pedido de restituição ou de ressarcimento já indeferido pela autoridade competente da Secretaria da Receita Federal – SRF, ainda que o pedido se encontre pendente de decisão definitiva na esfera administrativa. (Incluído pela Lei n.º ١١.٠٥١, de ٢٠٠٤)

§ ٤.º Os pedidos de compensação pendentes de apreciação pela autoridade administrativa serão considerados declaração de compensação, desde o seu protocolo, para os efeitos previstos neste artigo. (Incluído pela Lei n.º ١٠.٦٣٧, de ٢٠٠٢)

§ ٥.º O prazo para homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo será de ٥ (cinco) anos, contado da data da entrega da declaração de compensação. (Redação dada pela Lei n.º ١٠.٨٣٣, de ٢٠٠٣)

§ ٦.º A declaração de compensação constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos débitos indevidamente compensados. (Incluído pela Lei n.º ١٠.٨٣٣, de ٢٠٠٣)

§ ٧.º Não homologada a compensação, a autoridade administrativa deverá cientificar o sujeito passivo e intimá-lo a efetuar, no prazo de ٣٠ (trinta) dias, contado da ciência do ato que não a homologou, o pagamento dos débitos indevidamente compensados. (Incluído pela Lei n.º ١٠.٨٣٣, de ٢٠٠٣)

§ ٨.º Não efetuado o pagamento no prazo previsto no § ٧.º, o débito será encaminhado à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União, ressalvado o disposto no § 9.º. (Incluído pela Lei n.º ١٠.٨٣٣, de ٢٠٠٣)

§ ٩.º É facultado ao sujeito passivo, no prazo referido no § ٧.º, apresentar manifestação de inconformidade contra a não homologação da compensação. (Incluído pela Lei n.º ١٠.٨٣٣, de ٢٠٠٣)

§ ١٠. Da decisão que julgar improcedente a manifestação de inconformidade caberá recurso ao Conselho de Contribuintes. (Incluído

pela Lei n.º ١٠.٨٣٣, de ٢٠٠٣)

§ 11. A manifestação de inconformidade e o recurso de que tratam os §§ 9.º e 10 obedecerão ao rito processual do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, e enquadram-se no disposto no inciso III do art. 151 da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, relativamente ao débito objeto da compensação. (Incluído pela Lei n.º 10.833, de 2003)

§ 12. Será considerada não declarada a compensação nas hipóteses: (Redação dada pela Lei n.º 11.051, de 2004)

I – previstas no § 3.º deste artigo; (Incluído pela Lei n.º 11.051, de 2004)

II – em que o crédito: (Incluído pela Lei n.º 11.051, de 2004)

a) seja de terceiros; (Incluída pela Lei n.º 11.051, de 2004)

b) refira-se a "crédito-prêmio" instituído pelo art. 1.º do Decreto-Lei n.º 491, de 5 de março de 1969; (Incluída pela Lei n.º 11.051, de 2004)

c) refira-se a título público; (Incluída pela Lei n.º 11.051, de 2004)

d) seja decorrente de decisão judicial não transitada em julgado; ou (Incluída pela Lei n.º 11.051, de 2004)

e) não se refira a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal – SRF; (Incluída pela Lei n.º 11.051, de 2004)

f) tiver como fundamento a alegação de inconstitucionalidade de lei, exceto nos casos em que a lei: (Redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009)

1 – tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade ou em ação declaratória de constitucionalidade; (Incluído pela Lei n.º 11.941, de 2009)

2 – tenha tido sua execução suspensa pelo Senado Federal; (Incluído pela Lei n.º 11.941, de 2009)

3 – tenha sido julgada inconstitucional em sentença judicial transitada em julgado a favor do contribuinte; ou (Incluído pela Lei n.º 11.941, de 2009)

4 – seja objeto de súmula vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal nos termos do art. 103-A da Constituição Federal. (Incluído pela Lei n.º 11.941, de 2009)

§ 13. O disposto nos §§ 2.º e 5.º a 11 deste artigo não se aplica às hipóteses previstas no § 12 deste artigo. (Incluído pela Lei n.º 11.051, de 2004)

§ 14. A Secretaria da Receita Federal – SRF disciplinará o disposto neste artigo, inclusive quanto à fixação de critérios de prioridade para apreciação de processos de restituição, de ressarcimento e de compensação. (Incluído pela Lei n.º 11.051, de 2004)

§ 15. Será aplicada multa isolada de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do crédito objeto de pedido de ressarcimento indeferido ou indevido. (Incluído pela Lei n.º 12.249, de 2010)

§ 16. O percentual da multa de que trata o § 15 será de 100% (cem por cento) na hipótese de ressarcimento obtido com falsidade no pedido apresentado pelo sujeito passivo. (Incluído pela Lei n.º 12.249, de 2010)

§ 17. Aplica-se a multa prevista no § 15, também, sobre o valor do crédito objeto de declaração de compensação não homologada, salvo no caso de falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo. (Incluído pela Lei n.º 12.249, de 2010)

§ 18. No caso de apresentação de manifestação de inconformidade contra a não homologação da compensação, fica suspensa a exigibilidade da multa de ofício de que trata o § 17, ainda que não impugnada essa exigência, enquadrando-se no disposto no inciso III do art. 151 da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional. (Incluído pela Lei n.º 12.844, de 2013)

Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002

Dispõe sobre a não cumulatividade na cobrança da contribuição para os Programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), nos casos que especifica; sobre o pagamento e o parcelamento de débitos tributários federais, a compensação de créditos fiscais, a declaração de inaptidão de inscrição de pessoas jurídicas, a legislação aduaneira, e dá outras providências.

(...)

CAPÍTULO II
Das outras disposições relativas à legislação tributária e aduaneira

(...)

Art. 49. O art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão. (Vide Decreto 7.212, de 2010)

§ 1º A compensação de que trata o *caput* será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados.

§ 2º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

§ 3º Além das hipóteses previstas nas leis específicas de cada tributo ou contribuição, não poderão ser objeto de compensação:

I – o saldo a restituir apurado na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física;

II – os débitos relativos a tributos e contribuições devidos no registro da Declaração de Importação.

§ 4º Os pedidos de compensação pendentes de apreciação pela autoridade administrativa serão considerados declaração de compensação, desde o seu protocolo, para os efeitos previstos neste artigo.

§ 5º A Secretaria da Receita Federal disciplinará o disposto neste artigo." (NR)

Lei 10.833, de 29 de dezembro de 2003

Altera a Legislação Tributária Federal
e dá outras providências.

(...)

CAPÍTULO II
Das outras disposições relativas à legislação tributária

Art. 17. O art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, alterado pelo art. 49 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação: (Vide Decreto 7.212, de 2010)

"Art. 74. ....

....

§ 3º Além das hipóteses previstas nas leis específicas de cada tributo ou contribuição, não poderão ser objeto de compensação mediante entrega, pelo sujeito passivo, da declaração referida no § 1º:

....

III – os débitos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal que já tenham sido encaminhados à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União;

IV – os créditos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal com o débito consolidado no âmbito do Programa de Recuperação Fiscal – Refis, ou do parcelamento a ele alternativo; e

V – os débitos que já tenham sido objeto de compensação não homologada pela Secretaria da Receita Federal.

....

§ 5º O prazo para homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo será de 5 (cinco) anos, contado da data da entrega da declaração de compensação.

§ 6º A declaração de compensação constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos débitos indevidamente compensados.

§ 7º Não homologada a compensação, a autoridade administrativa deverá cientificar o sujeito passivo e intimá-lo a efetuar, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da ciência do ato que não a homologou, o pagamento dos débitos indevidamente compensados.

§ 8º Não efetuado o pagamento no prazo previsto no § 7º, o débito será encaminhado à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União, ressalvado o disposto no § 9º.

§ 9º É facultado ao sujeito passivo, no prazo referido no § 7º, apresentar manifestação de inconformidade contra a não homologação da compensação.

§ 10. Da decisão que julgar improcedente a manifestação de inconformidade caberá recurso ao Conselho de Contribuintes.

§ 11. A manifestação de inconformidade e o recurso de que tratam os §§ 9º e 10 obedecerão ao rito processual do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e enquadram-se no disposto no inciso III do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, relativamente ao débito objeto da compensação.

§ 12. A Secretaria da Receita Federal disciplinará o disposto neste artigo, podendo, para fins de apreciação das declarações de compensação e dos pedidos de restituição e de ressarcimento, fixar critérios de prioridade em função do valor compensado ou a ser restituído ou ressarcido e dos prazos de prescrição." (NR)

Lei 11.051, de 29 de dezembro de 2004

Dispõe sobre o desconto de crédito na apuração da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL e da Contribuição para o PIS/Pasep e Cofins não cumulativas e dá outras providências.

(...)

Art. 4º O art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação: (Vide Decreto 7.212, de 2010)

"Art. 74. ....

....

§ 3º ....

....

IV – o débito consolidado em qualquer modalidade de parcelamento concedido pela Secretaria da Receita Federal – SRF;

V – o débito que já tenha sido objeto de compensação não homologada, ainda que a compensação se encontre pendente de decisão definitiva na esfera administrativa; e

VI – o valor objeto de pedido de restituição ou de ressarcimento já indeferido pela autoridade competente da Secretaria da Receita Federal – SRF, ainda que o pedido se encontre pendente de decisão definitiva na esfera administrativa.

....

§ 12. Será considerada não declarada a compensação nas hipóteses:

I – previstas no § 3º deste artigo;

II – em que o crédito:

a) seja de terceiros;

b) refira-se a 'crédito-prêmio' instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 491, de 5 de março de 1969;

c) refira-se a título público;

d) seja decorrente de decisão judicial não transitada em julgado; ou

e) não se refira a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal – SRF.

§ 13. O disposto nos §§ 2º e 5º a 11 deste artigo não se aplica às hipóteses previstas no § 12 deste artigo.

§ 14. A Secretaria da Receita Federal – SRF disciplinará o disposto neste artigo, inclusive quanto à fixação de critérios de prioridade para apreciação de processos de restituição, de ressarcimento e de compensação." (NR)

Decreto-lei 2.287, de 23 de julho de 1986

Altera dispositivos da Lei nº 7.450,
de 23 de dezembro de 1985, e dá outras providências.

(...)

Art. 7º A Receita Federal do Brasil, antes de proceder à restituição ou ao ressarcimento de tributos, deverá verificar se o contribuinte é devedor à Fazenda Nacional. (Redação dada pela Lei 11.196, de 2005)

§ 1º Existindo débito em nome do contribuinte, o valor da restituição ou ressarcimento será compensado, total ou parcialmente, com o valor do débito. (Redação dada pela Lei 11.196, de 2005)

§ 2º Existindo, nos termos da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, débito em nome do contribuinte, em relação às contribuições sociais previstas nas alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, ou às contribuições instituídas a título de substituição e em relação à Dívida Ativa do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, o valor da restituição ou ressarcimento será compensado, total ou parcialmente, com o valor do débito. (Redação dada pela Lei 11.196, de 2005)

§ 3º Ato conjunto dos Ministérios da Fazenda e da Previdência Social estabelecerá as normas e procedimentos necessários à aplicação do disposto neste artigo. (Incluído pela Lei 11.196, de 2005)

Decreto 2.138, de 29 de janeiro de 1997

Dispõe sobre a compensação de créditos tributários
com créditos do sujeito passivo decorrentes de restituição
ou ressarcimento de tributos ou contribuições,
a ser efetuada pela Secretaria da Receita Federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos artigos 73 e 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996,

DECRETA:

Art. 1º É admitida a compensação de créditos do sujeito passivo perante a Secretaria da Receita Federal, decorrentes de restituição ou ressarcimento, com seus débitos tributários relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob administração da mesma Secretaria, ainda que não sejam da mesma espécie nem tenham a mesma destinação constitucional.

Parágrafo único. A compensação será efetuada pela Secretaria da Receita Federal, a requerimento do contribuinte ou de ofício, mediante procedimento interno, observado o disposto neste Decreto.

Art. 2º O sujeito passivo, que pleitear a restituição ou ressarcimento de tributos ou contribuições, pode requerer que a Secretaria da Receita Federal efetue a compensação do valor do seu crédito com débito de sua responsabilidade.

Art. 3º A Secretaria da Receita Federal, ao reconhecer o direito de crédito do sujeito passivo para restituição ou ressarcimento de tributo ou contribuição, mediante exames fiscais para cada caso, se verificar a existência de débito do requerente, compensará os dois valores.

Parágrafo único. Na compensação será observado o seguinte:

a) o valor bruto da restituição ou do ressarcimento será debitado à conta do tributo ou da contribuição respectiva;

b) o montante utilizado para a quitação de débitos será creditado à conta do tributo ou da contribuição devida.

Art. 4º Quando o montante da restituição ou do ressarcimento for superior ao do débito, a Secretaria da Receita Federal efetuará o pagamento da diferença ao sujeito passivo.

Parágrafo único. Caso a quantia a ser restituída ou ressarcida seja inferior aos valores dos débitos, o correspondente crédito tributário é extinto no montante equivalente à compensação, cabendo à Secretaria da Receita Federal adotar as providências cabíveis para a cobrança do saldo remanescente.

Art. 5º A unidade da SRF que efetuar a compensação observará o seguinte:

I – certificará:

a) no processo de restituição ou ressarcimento, qual o valor utilizado na quitação de débitos e, se for o caso, o valor do saldo a ser restituído ou ressarcido;

b) no processo de cobrança, qual o montante do crédito tributário extinto pela compensação e, sendo o caso, o valor do saldo remanescente do débito;

II – emitirá documento comprobatório de compensação, que indicará todos os dados relativos ao sujeito passivo e aos tributos e contribuições objeto da compensação necessários para o registro do crédito e do débito de que trata o parágrafo único do artigo 3º;

III – expedirá ordem bancária, na hipótese de saldo a restituir ou ressarcir, ou aviso de cobrança, no caso de saldo do débito;

IV – efetuará os ajustes necessários nos dados e informações dos controles internos do contribuinte.

Art. 6º A compensação poderá ser efetuada de ofício, nos termos do art. 7º do Decreto-Lei nº 2.287, de 23 de julho de 1986, sempre que a Secretaria da Receita Federal verificar que o titular do direito à restituição ou ao ressarcimento tem débito vencido relativo a qualquer tributo ou contribuição sob sua administração.

§ 1º A compensação de ofício será precedida de notificação ao sujeito passivo para que se manifeste sobre o procedimento, no prazo de quinze dias, sendo o seu silêncio considerado como aquiescência.

§ 2º Havendo concordância do sujeito passivo, expressa ou tácita, a Unidade da Secretaria da Receita Federal efetuará a compensação, com observância do procedimento estabelecido no art. 5º.

§ 3º No caso de discordância do sujeito passivo, a Unidade da Secretaria da Receita Federal reterá o valor da restituição ou do ressarcimento até que o débito seja liquidado.

Art. 7º O Secretário da Receita Federal baixará as normas necessárias à execução deste Decreto.

Art. 8° Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 29 de janeiro de 1997; 176º da Independência e 109º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Pedro Malan

Decreto 7.212, de 15 de junho de 2010

Regulamenta a cobrança, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição

DECRETA:

Art. 1º O Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI será cobrado, fiscalizado, arrecadado e administrado em conformidade com o disposto neste Regulamento.

(...)

CAPÍTULO XIII
Da compensação, da restituição e do ressarcimento do imposto

Normas Gerais

Art. 268. O sujeito passivo que apurar crédito do imposto, inclusive decorrente de trânsito em julgado de decisão judicial, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a impostos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, observadas as demais prescrições e vedações legais (Lei nº 5.172, de 1966, art. 170, Lei nº 9.430, de 1996, art. 74, Lei nº 10.637, de 2002, art. 49, Lei nº 10.833, de 2003, art. 17, e Lei nº 11.051, de 2004, art. 4º).

§ 1º A compensação de que trata o *caput* será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados (Lei nº 9.430, de 1996, art. 74, § 1º, e Lei nº 10.637, de 2002, art. 49).

§ 2º A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal do Brasil extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação (Lei nº 9.430, de 1996, art. 74, § 2º, e Lei nº 10.637, de 2002, art. 49).

Art. 269. A restituição ou o ressarcimento do imposto ficam condicionados à verificação da quitação de impostos e contribuições federais do interessado (Decreto-Lei nº 2.287, de 1986, art. 7º, e Lei nº 11.196, de 2005, art. 114).

Parágrafo único. Verificada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil a existência de débitos em nome do contribuinte, será realizada a compensação, total ou parcial, do valor da restituição ou do ressarcimento com o valor do débito (Decreto-Lei nº 2.287, de 1986, art. 7º, § 1º, e Lei nº 11.196, de 2005, art. 114).

Produtos Adquiridos por Missões Diplomáticas

Art. 270. As missões diplomáticas e repartições consulares de caráter permanente, bem como as representações de caráter permanente de órgãos internacionais de que o Brasil faça parte poderão, mediante solicitação, ser ressarcidas do valor do IPI incidente sobre produtos adquiridos no mercado interno, destinados à manutenção, ampliação ou reforma de imóveis de seu uso (Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, art. 27).

Parágrafo único. No caso de missão diplomática e repartição consular, o disposto neste artigo aplicar-se-á, apenas, na hipótese em que a legislação de seu país dispense, em relação aos impostos incidentes sobre o valor agregado ou sobre a venda a varejo, conforme o caso, tratamento recíproco para as missões ou repartições brasileiras localizadas, em caráter permanente, em seu território (Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, art. 27, § 1º).

Lei 9.250, de 26 de dezembro de 1995

Altera a legislação do imposto de renda das pessoas físicas e dá outras providências.

CAPÍTULO VIII
Disposições finais e transitórias

(...)

Art. 39. A compensação de que trata o art. 66 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, com a redação dada pelo art. 58 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, somente poderá ser efetuada com o recolhimento de importância correspondente a imposto, taxa, contribuição federal ou receitas patrimoniais de mesma espécie e destinação constitucional, apurado em períodos subsequentes.

§ 1º (VETADO)

§ 2º (VETADO)

§ 3º (VETADO)

§ 4º A partir de 1º de janeiro de 1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada. (Vide Lei 9.532, de 1997)

Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997

Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985,
e dá outras providências.

(...)

Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. (Redação dada pela Lei 11.960, de 2009)

TÍTULO IX

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL – APLICAÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO. DESRESPEITO À SÚMULA VINCULANTE – STF

1. MODELOS DE PETIÇÕES INICIAIS

1) Desrespeito a entendimento objeto de Súmula Vinculante em sede Administrativa;

2) Desrespeito a entendimento objeto de Súmula Vinculante no Judiciário.

1.1. Reclamação constitucional em face de ato administrativo que desrespeita enunciado de súmula vinculante

Exmo. Sr. Dr. Ministro Presidente do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

EGRÉGIO PLENÁRIO,

ILUSTRE RELATOR,

Reclamação Constitucional

Fulano de Tal, (nacionalidade), (estado civil), (profissão), (documento de identidade e CPF), (domicílio e residência), vem, por meio de seu advogado (procuração em anexo com endereço para os fins do art. 39, I do CPC), respeitosamente, perante V. Exa., nos termos dos arts. 102, I, l, e 103-A, § 3.º, da CRFB/1988, art. 282, CPC, arts. 13 a 18 da Lei 8.038/1990, e, ainda, arts. 6.º, I, *g*, e 156 a 162 do Regimento Interno do STF, ajuizar a presente

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COM PEDIDO LIMINAR

em face de ato administrativo ___, praticado pela autoridade administrativa ___, bem como de decisões na mesma esfera e teor, que negaram aplicação do enunciado da **Súmula Vinculante n.º** ___ desta egrégia Corte, conforme se expõe a seguir.

I – DOS FATOS, DO ATO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO E DA AUTORIDADE RECLAMADA

II – DO EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA NOS TERMOS DO ART. 7.º, § 1.º, DA LEI 11.417/2006

III – DAS PROVAS PRÉ-CONSTITUÍDAS DOCUMENTALMENTE EM ANEXO (art. 13, parágrafo único da Lei 8.038/1990)

IV – DO DIREITO

Argumento 1 – Defender o direito de usar a Reclamação Constitucional;

Argumento 2 – Comentar sucinta e objetivamente o mérito, embasado na Súmula Vinculante.

V – DO PEDIDO LIMINAR NOS TERMOS DO ART. 14, II, DA LEI 8.038/1990

VI – DO PEDIDO

a) pede sejam requisitadas informações à autoridade reclamada, nos termos do art. 14, I, da Lei 8.038/1990;

b) requer seja dada vista ao Ministério Público, nos termos do art. 16 da Lei 8.038/1990;

c) reitera o pedido liminar nos termos antes apresentados, nos termos do art. 14, II, da Lei 8.038/1990;

d) requer julgue procedente a presente Reclamação para fins de anular o ato administrativo praticado e impor à autoridade reclamada, bem como aos devidos órgãos da Administração Pública que cumpram de imediato a presente decisão, fazendo valer o enunciado da Súmula Vinculante n.º ___ desse egrégio Tribunal.

Termos em que pede deferimento.

Local ___ Data ___

Advogado ___ OAB n.º ___

1.2. Reclamação Constitucional em face de ato/decisão judicial que desrespeita enunciado de Súmula Vinculante

Exmo. Sr. Dr. Ministro Presidente do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL;

EGRÉGIO PLENÁRIO,

ILUSTRE RELATOR,

Reclamação Constitucional

Fulano de Tal, (nacionalidade), (estado civil), (profissão), (documento de identidade e CPF), (domicílio e residência), vem, por meio de seu advogado (procuração em anexo com endereço para os fins do art. 39, I, do CPC), respeitosamente, perante V. Exa., nos termos dos arts. 102, I, *l*, e 103-A, § 3.º, da CRFB/1988, art. 282, CPC, arts. 13 a 18 da Lei 8.038/1990 e, ainda, arts. 6.º, I, *g*, e 156 a 162 do Regimento Interno do STF, ajuizar a presente

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COM PEDIDO LIMINAR

em face da decisão do Meritíssimo Juiz ___, atuante na ___Vara ___ da Comarca ___, proferida às folhas n.º ___ nos autos do processo n.º ___, pertinente a Ação ___, em que o ora reclamante atua como autor, decisão essa que viola frontalmente o

entendimento do enunciado da **Súmula Vinculante n.º** ___ desta egrégia Corte, conforme se expõe a seguir.

I – DOS FATOS. DO ATO JUDICIAL RECLAMADO E DA AUTORIDADE RECLAMADA

II – DAS PROVAS PRÉ-CONSTITUÍDAS DOCUMENTALMENTE EM ANEXO (art. 13, Lei 8.038/1990)

III – DO DIREITO

Argumento 1 – Defender o direito de usar a Reclamação Constitucional;

Argumento 2 – Comentar sucinta e objetivamente o mérito, embasado na Súmula Vinculante.

IV – DO PEDIDO LIMINAR NOS TERMOS DO ART. 14, II, DA LEI 8.038/1990

V – DO PEDIDO

a) pede sejam requisitadas informações à autoridade reclamada, nos termos do art. 14, I, da Lei 8.038/1990;

b) requer seja dada vista ao Ministério Público, nos termos do art. 16 da Lei 8.038/1990;

c) reitera o pedido liminar nos termos antes apresentados, nos termos do art. 14, II, da Lei 8.038/1990;

d) requer julgue procedente a presente Reclamação para fins de cassar o ato judicial atacado e ordenar à autoridade reclamada que cumpra de imediato a presente ordem, proferindo nova decisão, de modo a fazer valer o enunciado da Súmula Vinculante n.º ___ desse egrégio Supremo Tribunal, tudo nos termos do art. 103-A, § 3.º, CRFB/1988, art. 7.º, § 2.º, da Lei 11.417/2006 e art. 18 da Lei 8.038/1990.

Termos em que pede deferimento.

Local ___ Data ___

Advogado ___ OAB n.º ___

2. LEGISLAÇÃO PERTINENTE

Constituição da República Federativa do Brasil,
de 05 de outubro de 1988

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I – processar e julgar, originariamente:
(...)
l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
(...)
Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004)
§ 1.º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação

de processos sobre questão idêntica.

§ 2.º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3.º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Lei n.º 8.038, de 28 de maio de 1990

Institui normas procedimentais para os processos
que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça
e o Supremo Tribunal Federal.

TÍTULO I
PROCESSOS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA

CAPÍTULO I
Ação penal originária

(...)

CAPÍTULO II
Reclamação

Art. 13. Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público.

Parágrafo único. A reclamação, **dirigida ao Presidente do Tribunal, instruída com prova documental**, será autuada e distribuída ao relator da causa principal, sempre que possível.

Art. 14. Ao despachar a reclamação, o relator:

I – **requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado**, que as prestará no prazo de dez dias;

II – ordenará, se necessário, **para evitar dano irreparável, a suspensão do processo ou do ato impugnado**.

Art. 15. Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante.

Art. 16. O **Ministério Público**, nas reclamações que não houver formulado, **terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações**.

Art. 17. Julgando **procedente a reclamação, o Tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à preservação de sua competência**.

Art. 18. O **Presidente determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.**

Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006

Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal
e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999,
disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento
de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo
Tribunal Federal, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1.º Esta Lei disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e dá outras providências.

Art. 2.º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 1.º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

§ 2.º O Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

§ 3.º A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.

§ 4.º No prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo.

Art. 3.º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

I – o Presidente da República;

II – a Mesa do Senado Federal;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – o Procurador-Geral da República;

V – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI – o Defensor Público-Geral da União;

VII – partido político com representação no Congresso Nacional;

VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;

IX – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

X – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

XI – os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

§ 1.º O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo.

§ 2.º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Art. 4.º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Art. 5.º Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso.

Art. 6.º A proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão.

Art. 7.º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

§ 1.º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.

§ 2.º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

Art. 8.º O art. 56 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescido do seguinte § 3.º:

“Art. 56. (...)

§ 3.º Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.” (NR)

Art. 9.º A Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 64-A e 64-B:

“Art. 64-A. Se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.”

“Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.”

Art. 10. O procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante obedecerá, subsidiariamente, ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor 3 (três) meses após a sua publicação.

Brasília, 19 de dezembro de 2006; 185.º da Independência e 118.º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Márcio Thomaz Bastos

3. BREVES LIÇÕES DOUTRINÁRIAS

3.1. Natureza jurídica da Reclamação Constitucional

A *Reclamação Constitucional*, prevista no art. 102, I, *l*, da Constituição, é uma medida especial que permite ao contribuinte peticionar diretamente ao Supremo Tribunal Federal em algumas situações especiais que ocorrem no bojo das relações tributárias.

Apesar da divergência doutrinária (e no próprio STF) quanto à identificação da natureza jurídica do instrumento jurídico em apreço, trataremos a *Reclamação Constitucional* como uma *AÇÃO*, conforme entendemos ser o pensamento mais adequado, mesmo sabendo que existe nervoso debate a respeito de se reconhecer a ferramenta em tela como uma *ação* ou apenas lhe atribuir o caráter de um mero instrumento *sui generis* para viabilizar o *exercício do direito de petição* por parte de um jurisdicionado. Ou seja, é grande o rol de doutrinadores que simpatiza com a tese da qual não comungamos, entendendo que a *Reclamação* não seria uma *ação* propriamente dita, mas sim apenas um singelo e especial meio formal para deflagrar o exercício do direito de petição, emanado do art. 5.º, XXXIV, CRFB/1988. Há ainda alguns que vêm sustentando ser a *Reclamação* um *incidente processual*, com o que também não concordamos. Filiamo-nos ao vasto rol de doutrinadores que entendem ser a *Reclamação* uma *Ação*, e, por todos, prestigio os Profs. Silva Pacheco e Fredie Didier Junior.

A jurisprudência do Supremo é bem vacilante sobre o tema, ainda que tenha a Corte se manifestado no sentido de ser a *Reclamação* um instrumento para viabilizar o *exercício do direito de petição*, negando expressamente sua natureza de *Ação*, o que foi feito no julgamento da ADIN 2212. De todo modo, o próprio STF vem adotando posicionamentos absolutamente incompatíveis com a mantença do entendimento de que a *Reclamação* seria um mero manifesto do *direito de petição*, de sorte a que vem decidindo várias questões como se a *Reclamação* realmente fosse uma *Ação*. Quando, por exemplo, exige advogado, assim como quando legitima a cobrança de taxa judiciária, age de modo incompatível com o entendimento que lhe nega a natureza de ação e tenta afirmar que seria mero direito de petição, para o qual, por certo, não se exigiria pagamento de taxa e nem mesmo advogado na capacidade postulatória; nesses casos, atrai a *Reclamação* para a órbita das *Ações*. Todavia, quando afirma que na *Reclamação* não há réu e não cabe condenação em custas e verbas sucumbenciais, apresenta complicações para que se harmonize o instituto as *Ações*, aproximando-o mais intensamente do mero direito de petição. Inúmeros seriam os argumentos que poderíamos aqui citar para sustentar a natureza de *Ação* para a Reclamação Constitucional, o que não faremos pelo fato de que fugiria ao propósito que motiva esse escrito, qual seja, avaliar o uso da *Reclamação Constitucional* em sede das relações tributárias, especialmente no que tange à questão do desrespeito ao enunciado de Súmula Vinculante em matéria tributária.

Apenas para fins de não gerar qualquer insegurança, caso o leitor que aqui estiver lendo este singelo material, organizado para fins de orientar candidatos que se preparam para provas de concursos, especialmente a prova da segunda etapa do Exame de Ordem na cadeira do Direito Tributário, se depare com uma questão discursiva em provas, oriento que cite que *apesar do*

entendimento doutrinário ser divergente, e que por inúmeros motivos se poderia defender a tese da natureza de *Ação* para a *Reclamação Constitucional*, ***o STF declarou no julgamento da ADIN 2212 que a Reclamação não é uma Ação, e sim um mero meio formal de manifestação do exercício do Direito de Petição***.

3.2. Finalidade da Reclamação Constitucional

A nossa Constituição prevê a *Reclamação Constitucional* endereçável ao STF, no art. 102, I, *l*, assim como a que se endereça ao STJ no art. 105, I, *f*. Prevê ainda no art. 103-A, § 3.º, seu uso perante o STF em razão do motivo específico do desrespeito a entendimento consagrado em enunciado de Súmula Vinculante.

A finalidade da Reclamação é atuar em uma de duas frentes. Na primeira delas, funciona no escopo de permitir a um jurisdicionado pleitear ao STF ou STJ, que intercedam quando certo Órgão do Poder Judiciário está usurpando suas competências, as quais, inequivocamente, são fixadas pelo constituinte e não podem ser burladas. Na segunda linha de seu manuseio, a Reclamação Constitucional serve para os casos em que certo Órgão do Poder Judiciário ou da Administração Pública (e, nesse caso, Órgão, Pessoa Jurídica ou Agente Político), ou até mesmo do Legislativo, age de modo a desacatar a jurisprudência pacificada no STF ou STJ, colidindo com o entendimento reinante nos Tribunais maiores, o que gera, por certo, no mínimo, desagradável desconforto, sugerindo quebra de harmonia na relação entre os Poderes quanto o ato desrespeitador é do Executivo ou Legislativo, bem como falta de unicidade dentro da própria estrutura do poder Judiciário, quando o ato desrespeitador da jurisprudência pacificada no STF e STJ emana de outros Órgãos do Judiciário.

3.3. Reclamação Constitucional por usurpação de competências

No primeiro dos dois casos acima citados para cabimento de ajuizamento de Reclamação Constitucional, o de usurpação de competências, simples o pensamento a motivar o uso da Reclamação. Ora, se o constituinte estabelece regras por via das quais fixa que certos feitos devem ser apreciados diretamente no STF ou STJ, como violar tais comandos normativos? Quando o legislador maior estabeleceu o cartel de feitos que devem ser apreciados originariamente no STF (art. 102, I, CRFB/1988) ou no STJ (art. 105, I, CRFB/1988), há, não tenham qualquer sombra de dúvidas, motivos profundamente especiais para justificar cada uma dessas regras que atraem a competência originária do feito para o STF e STJ. Não faria qualquer sentido lógico acreditar que ações envolvendo tais matérias poderiam ser apreciadas em outras instâncias, sendo analisadas e julgadas em primeira monta por outros Juízes ou Tribunais. Admitir tal prerrogativa seria banalizar os dispositivos constitucionais em apreço, os quais estampam, via de regra, competências absolutas; mitigar-se-ia a força do sistema de regras de competências especiais do Poder Judiciário insculpido pelo pincel do poder constituinte, levando certos *cases* polêmicos e de maior tessitura nevrálgica para apreciação originária nos dois maiores Órgãos do Poder Judiciário. Daí que, se em certo caso

concreto, um dos feitos a que se referem os referidos dispositivos constitucionais (art. 102, I, e art. 105, I) passa a tramitar em outro Órgão do Judiciário, cabe o ajuizamento da Reclamação Constitucional, para o STF ou STJ, conforme o tribunal que esteja tendo sua competência usurpada, solicitando-se que o processo seja avocado para apreciação no Órgão adequado. Aqui, nesse exato ponto da matéria, não é comum que tenhamos problemas de natureza *tributária*, diferentemente do que veremos no outro foco ensejador do ajuizamento das Reclamações em estudo, qual seja, o rol de situações em que há *desrespeito à jurisprudência consolidada e estabilizada no STF e STJ*; e, em especial, nos casos de jurisprudência do STF que se consolida em entendimento publicado em verbete sumular de efeito vinculante.

Friso, por fim, que o STF possui julgados no sentido de que só cabe a Reclamação Constitucional por usurpação de competências quando o órgão usurpador é da esfera do Judiciário, o que é correto, afinal, Órgãos da Administração sequer teriam poder jurisdicional, não sendo viável cogitar de usurparem competências jurisdicionais do STF e do STJ. Do mesmo modo, para caber a Reclamatória, seria essencial aceitar que tais competências fixadas para o STF e o STJ são **absolutas**, posto, caso fossem *relativas*, nenhum sentido faria falar em "usurpação" propriamente dita. Por todos, vide a **Rcl 2066-QO, STF**.

3.4. Reclamação Constitucional e ato de desrespeito à autoridade das decisões judiciais do STF e STJ

Nos casos de desrespeito à autoridade das decisões judiciais do STF e do STJ, o que devemos detectar é que a *Reclamação* é idealizada como uma ferramenta por via da qual o jurisdicionado pode *reclamar* aos referidos Tribunais no intento de que estes determinem que o Órgão do Judiciário ou da Administração Pública que está tomando medida ou adotando certa postura contrária a entendimento pacificado nas Cortes Maiores, readequem suas atitudes. Por via da *Reclamação* endereçada ao STF, a guisa de exemplo, em face de ato da Administração que contraria entendimento pacífico pela Suprema Corte adotado, é possível que o Pretório Excelso determine o sobrestamento do ato (a depender, até mesmo em sede liminar) e o seu cancelamento. O mesmo ocorre em relação ao STJ. Semelhante ainda o raciocínio quando certo órgão julgador no Judiciário age de modo colidente com entendimento pacificado nas Instâncias Máximas. A *Reclamação* se revela instrumento idôneo e hábil para que o STF e o STJ, quando *reclamados* a agirem, intercedam sobre a autoridade/órgão que estejam desacatando seus entendimentos pacificados e incontroversos, banalizando a força de suas decisões, corrompendo a segurança do sistema jurídico, atentando contra o princípio da harmonia entre os Poderes, e, dessa forma, se permita a proteção ao jurisdicionado para que ele não seja vitimado por atos arbitrários, ilegais ou inconstitucionais, de certas autoridades, pessoas jurídicas, órgãos da Administração Pública ou do próprio Poder Judiciário.

Evidentemente que quando tratamos desse tema, sempre surge a imortal celeuma a respeito de se saber se realmente as decisões do STF e do STJ, simplesmente por propagadas, vinculam o resto do Judiciário e também a Administração Pública. Será que realmente é errado enfrentar uma decisão e agir de modo contrário a ela, no escopo de tentar reconstruir um entendimento para pacificar certo

problema no caso concreto? É evidente que a questão é muito mais profunda do que aparenta, desafia cauteloso e ponderado processo reflexivo. De um lado, a certeza de que não há direito adquirido à jurisprudência, à interpretação, a um regime de imutabilidade de entendimentos. De outro lado, a certeza de que o manto da coisa julgada deve ser respeitado, que as decisões proferidas no mais alto escalão do Judiciário não podem ser ignoradas, de que o STF e o STJ não podem ser fragilizados com o livre e leviano "direito" de todo e qualquer Juiz ou Tribunal, bem como todo e qualquer agente público, "passar por cima" de seus entendimentos e agir de modo contrário àquele que o alto escalão do Judiciário, em pacificação de conflito, determinou como o modo correto de se proceder. Realmente, a questão é tensa.

Sob um ângulo de perspectiva, questiona-se a força vinculativa dos entendimentos propagados pelo STF e STJ, sob a batuta de se buscar a preservação da autonomia dos magistrados e da Administração, apoiando-se na certeza de que o próprio fenômeno das transformações sociais diárias e das mutações de valores e paradigmas fomentam reconstruções de entendimentos e derrocadas de posicionamentos no Judiciário, conforme a própria história comprova. Nesse viés, será que realmente deveriam todas e quaisquer decisões proferidas pelo STF e STJ vincular Juízes e demais Tribunais, bem como a Administração Pública, sempre e sempre? Não seria possível enfrentar certo entendimento? Apimente-se a discussão trazendo-se à baila a possibilidade de se estar fazendo referência a um julgamento que o STF, por exemplo, tenha proferido numa votação não unânime, com quórum de 6 x 5, e que, dois dos Ministros que tenham votado com a maioria já tenham sido substituídos por novos Ministros, os quais ainda não tenham se manifestado sobre o tema, ou que, até mesmo, tenham opiniões que publicamente sejam conhecidas e em sentido contrário ao posicionamento adotado por seus antecessores. Será que ainda assim, em casos como esses, a decisão teria realmente que ser seguida sempre e sempre?

Percebam, amigos, que realmente é questionável se o ato de enfrentar o entendimento do STF e STJ publicado em uma determinada e isolada decisão seria mesmo um ato ilícito, colidente com a harmonia do sistema jurídico, a desafiar manuseio de uma Ação por via da qual se pleiteasse ao Tribunal (STF ou STJ) que viesse a ordenar a modificação do ato, postura, medida, adotados pela autoridade atacada.

Apesar de tudo isso, veja-se a questão, a partir de agora, por outro ângulo, o qual legitimou a postura do constituinte em autorizar a *Reclamação Constitucional*. De que adianta a medida ser praticada na Administração Pública ou no próprio Judiciário, em um dos órgãos abaixo do STF e do STJ, quando se sabe que a medida não sobreviverá quando reapreciada pela Corte? Qual seria a lógica de legitimar a prática de certo ato que o cidadão entende ser violador de Lei e que o STJ já se posicionou decidindo, em casos iguais, que realmente há a violação da lei? O mesmo se o ato for atentatório à Constituição, conforme já deixou claro o STF em seus julgados? Ora, diante de tais situações, além de se desproteger o administrado/jurisdicionado, vitimando-o com a sujeição aos efeitos já reconhecidos como ilegais/inconstitucionais pelo STJ/STF, estar-se-ia a admitir uma banalização da força das decisões dos mais importantes Órgãos do Judiciário, o STF e o STJ. Seria correto legitimar esse tipo de constrangimento, ao prejudicado e ao próprio Judiciário? Seria

harmonioso com o sistema jurídico? Caso se mantenha esses atos e decisões contrárias, o administrado/jurisdicionado ficaria inerte e acataria o “prejuízo” ou buscaria o instrumento do processo e de recursos para chegar até o STF e o STJ, para então pedir que, nos termos em que vêm normalmente decidindo, mantenham seus posicionamentos e afastem o ato administrativo colidente ou reformem a decisão no Judiciário afrontadora de sua jurisprudência, fazendo valer a autoridade de suas decisões? Essa é a questão que merece ser pensada. Afinal, caso a decisão do STF ou STJ realmente seja segura, concisa, daquelas que se pode afirmar que muito dificilmente (para não dizer impossível!) mudaria, a atitude de colidir com ela apenas fomentaria processos e recursos desnecessários, obrigando STF/STJ a dizerem a mesma coisa que já vinham dizendo, provocando-se abarrotamento desnecessário do Judiciário, ensejando-se perda de tempo e dinheiro, colidindo-se com os valores da economicidade e operabilidade, com a preservação do dinamismo, viabilidade e eficiência do Poder Judiciário, sem prejuízo de outras inúmeras mazelas que poderiam aqui ser elencadas. Nesses moldes, não seria razoável realmente legitimar o uso de uma Ação própria, endereçada diretamente ao Tribunal, para que por via dela se pudesse acusar qual é a decisão que está tendo entendimento desrespeitado, apontando-se qual é o ato de afronta e qual a autoridade/órgão colidente? Admitir a *Reclamação* é, no mínimo, possibilitar aos Tribunais que funcionam como mais elevados órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário preservar, não apenas a autoridade de seus entendimentos, como também a própria *coisa pública*, a qual, nunca esqueçamos, é gravada pelo princípio da *indisponibilidade*. Admitir a *Reclamação*, demonstrando ao STF e STJ a situação em que a autoridade de suas decisões está sendo ameaçada, é, no mínimo, permitir que as Casas, analisando o feito e concordando com o *reclamante*, evitem a multiplicação de processos desnecessários, a indústria dos recursos repetitivos, coifando por antecipação um problema que teriam que enfrentar no futuro e que decidiriam do mesmo modo, só que com maior desgaste operacional e financeiro para a máquina pública. Observem que o simples fato de caber o ajuizamento da *Reclamação* não quer dizer que o Tribunal vai acolher o pedido e assim ordenar que se faça cumprir a “autoridade de sua decisão”. Pode ser que entenda nem mesmo se tratar de caso semelhante ao da decisão apontada como parâmetro. O que se quer demonstrar é que legitimar o manuseio da *Reclamação* é, pelo menos, *dar a chance ao STF e STJ* de poderem decidir se realmente a conduta apontada afronta ou não sua decisão, e, indo além, se realmente trata-se de uma decisão que a Casa entende que deve ser mantida e não há por que ser modificada. Nesse compasso, pensando-se sob essa perspectiva, louvável sim a ideia de fabricar esse instrumento processual, já que se oportuniza aos órgãos maiores do Poder Judiciário eliminar a multiplicação de processos e recursos, impedindo custos e desgastes operacionais na máquina pública, antecipando um *decisum* que mais adiante seria proferido do mesmo modo. E, não restam dúvidas, foi nesse sentido que se manifestou o constituinte, autorizando a medida em apreço exatamente para o fim de assegurar que se preserve a *autoridade das decisões do STF e do STJ*, abraçando a ideia de se zelar pela blindagem à força do manto da coisa julgada e à estabilidade das relações sociais, de modo a que as pessoas possam realmente confiar nas decisões proferidas nas mais altas cortes do Poder Judiciário.

3.5. Reclamação Constitucional e ato de desrespeito à autoridade das decisões judiciais do STF

que deram ensejo à súmula vinculante

Amigos, se o STF chegou ao ponto de editar uma Súmula Vinculante, não tenhamos qualquer dúvida, é em razão de uma série de fatores urgentes e destacadamente fundamentais, que cumulativamente precisam ser valorados, conforme comentaremos a seguir. E, nesse compasso, não seria razoável permitir que tal posicionamento adotado viesse a ser banalizado, desrespeitado. Os entendimentos que a Suprema Corte expõe em questões de grande tensionamento e que ficam estampadas na moldura de uma **Súmula Vinculante** não podem ser ignorados, sob pena de um afronte à segurança das relações jurídicas, à supremacia da Casa Maior do Judiciário e, por fim, à própria Carta Magna, que quando recebeu a inclusão do art. 103-A, § 3.º, por via da EC 45/2004, apelidada de "Reforma do Judiciário", passou a ter a expectativa em certos resultados na estabilização da jurisprudência do STF diante de alguns quadros mais gravosos, buscando uma harmonia entre os Órgãos e Autarquias da Administração Pública com o Poder Judiciário, bem como uma harmonia também vislumbrada dentro da relação direta ou indireta dos Órgãos do Judiciário com a Suprema Corte do país. E isso não pode ser desprezado, por via do desrespeito ao entendimento insculpido em verbete sumular de efeito vinculante.

Quando o instituto da *Súmula Vinculante* passou a ser inserido no ordenamento jurídico brasileiro, por via da citada EC 45/2004, recordo-me do traumático enfrentamento do tema, fosse pela doutrina, fosse pelos advogados, ou, até mesmo, e, principalmente, pelos magistrados. Afinal, estava se gerando para a Suprema Corte a prerrogativa de atribuir efeito vinculativo a certas decisões que viesse a tomar, obrigando todos os demais Juízes e Tribunais a acatarem essa forma de deliberar, decidindo sempre pela mesma via, quando se enfrentasse o caso que ensejou a edição da Súmula consagradora do modo decisório vinculativo, além de obrigar toda a Administração Pública, federal, estadual, distrital e municipal, direta e indireta, a agir sempre dentro dos parâmetros estabelecidos pelo posicionamento adotado pela Suprema Corte na edição da Súmula de efeito de cumprimento obrigatório por todos. Gerou muita, muita, muita polêmica, provocando-se um saudável rebuliço na comunidade jurídica. Antecipado conclusões, a verdade é que caminhando para quase uma década de aplicação desse modelo, os resultados são benéficos, e, ponderando pontos e contrapontos, possível concluir com tranquilidade que a medida adotada pelo poder constituinte emendador foi acertada, especialmente por força da maneira moderada e proporcional como o STF vem se comportando diante do mecanismo que lhe foi ofertado, agindo sem excessos e atribuindo efeitos vinculativos a decisões que realmente fomentam a necessidade de uso da prática autorizada pela Reforma do Judiciário.

As críticas à adoção das Súmulas Vinculantes, quando surgiram (e até hoje há os que não simpatizem com o instituto), se prospectavam em diferentes ângulos. Numa primeira e mais comum linha de ataque, alegava-se que se o STF obrigasse todo o Judiciário e o Executivo a adotar aquele determinado entendimento que a Casa estava proclamando, haveria um grande engessamento de todo o Judiciário e do Executivo. Nessa esteira, sustentava-se que se estaria cometendo o grave equívoco de congelar a jurisprudência, vedando qualquer chance de, por exemplo, um bom Magistrado decidir de modo inovador e contrário, e apresentando novos fundamentos fomentar a reconstrução da

jurisprudência. No linear desse pensar, arguia-se efusivamente que acreditar na eternização do entendimento aplicado pelo STF, em determinado caso concreto, vivido em certa época ou momento pontual, traduziria uma negatória à própria história da evolução do direito, marcada pela recondução permanente de pensamentos, dogmas e valores, sempre legitimando a mudança da forma de pensar e interpretar o Direito, refletindo tais transformações numa direta modificação na forma de decidir os conflitos sociais. Logo, a crítica era muito forte e muito bem fundamentada, pois realmente uma grande quantidade de notáveis juristas entendia que a EC 45/2004 estaria por atribuir à Suprema Casa um poder extremamente perigoso, capaz de, caso mal exercido, gerar sequelas múltiplas.

O reflexo de tal percepção crítica se propagou nos mais diversos segmentos da militância jurídica, desde a academia, passando pela advocacia, trafegando pelos Poderes Públicos, chegando ao Judiciário e ao Ministério Público.

A OAB e os advogados, bem como o Ministério Público e seus presentantes, sentiam-se bastante restringidos na liberdade de, advogando em certa situação concreta, demonstrarem argumentos e fundamentos capazes de, naquele pontual caso, conseguirem uma decisão contrária à da Suprema Corte, fomentando a via de reconstrução da jurisprudência do país. Criticava-se o estrangulamento da liberdade dos advogados e, quando fosse o caso, Promotores/Procuradores, de marcharem no prumo de tentarem redirecionar o caminho da aplicação das decisões nos Tribunais, o que é legítimo e sempre se revelou como traço histórico do Direito. Como sempre afirmo em sala de aula, *quem constrói jurisprudência é ADVOGADO. Juiz só dá o que o advogado pede e é proibido de dar o que pensa se não fizer parte do pedido.*

O Judiciário se sentiu, na difusa estruturação de seus demais Tribunais e Juízes, agredido em algo que se aceita como um *standard* da liberdade na magistratura, o que seja, o *livre convencimento motivado* e a *livre persuasão racional* para construir o entendimento que se vislumbra adequado e oportuno para compor o litígio num determinado caso concreto. Passava-se a falar na grosseira situação em que os Juízes se transformariam em meras máquinas que roboticamente copiariam e colariam nos processos, a estampa de uma padronizada e inflexível forma de decidir pré-construída pelo STF. Haveria, segunda boa parte dos críticos, um enforcamento na liberdade par ao exercício da atividade de se fornecer a prestação jurisdicional em prol da população jurisdicionada.

Quanto aos Poderes Públicos, chegou-se a cogitar que o STF poderia estar provocando uma crise nos modelos de harmonia entre os Poderes, pois, caso editasse excessivas Súmulas Vinculantes, e, pior, com técnica que não fosse perfeita, poderia estar assumindo uma função de legislador paralelo, e, por via oblíqua, engessando o sentido das normas legais, as quais passam por permanente mutação para que não envelheçam. Nesse viés, caso o Supremo abusasse na expedição de Súmulas Vinculantes ensinando como que se deve aplicar a lei no caso concreto, ele vedaria que os demais órgãos do Judiciário e a própria Administração Pública encontrassem novas formas de interpretar a lei e aplicá-la em determinados feitos, o que mais do que comum, muitas vezes é necessário. Nesse contexto, alegava-se que além de incomodar e restringir o Executivo e todo o restante da estrutura do Judiciário, a Suprema Corte poderia estar usurpando a função do Legislador, criando para as normas um *status* de definitividade plena e perpetuação que notoriamente em diversas situações não são

saudáveis.

Amigos, reflitamos. Paremos, pensemos no que fora lido e ponderemos. De fato, todos os argumentos, apesar de passíveis de ataque e contra-argumentação, possuem seu valor. É evidente que esse breve e apertado resumo de críticas se apoia em teses que expõem razoável sustentabilidade. Todavia, se pensarmos friamente, nos parece que o verdadeiro fundamento de tais críticas é o medo, o receio de que a mudança possa gerar ditas sequelas pré-anunciadas, o que não se pode afirmar que ocorreria. E termos receio é algo natural em toda e qualquer situação na vida quando se está diante de uma grande inovação, de uma readequação estrutural que permite um grande giro nos pilares que alicerçam uma forma de ser, de pensar e agir. No entanto, o que se deve ponderar é que da mesma forma como existem riscos de a mudança gerar sequelas daninhas, também existe a imensa possibilidade de a inovação implicar numa evolução qualitativa do sistema, um avanço no Regime Jurídico, uma ampliação na eficiência no que tange às prestações estatais e à guarida e efetividade dos direitos cidadãos. E foi assumindo esse risco que se ousou na busca da transformação. E não é assim que se reconstrói a vida, o Direito, a sociedade?

Pois é. Com a edição das Súmulas Vinculantes, o que se buscava era a eliminação de outras prejudicialidades flagrantes que vinham ocorrendo no sistema, trazendo também diversas mazelas. A ideia sempre foi boa, e os objetivos a serem alcançados, nobres.

Temos uma crise de desrespeito ao Judiciário no Brasil. As decisões são descumpridas solenemente, e, o mais incrível, pela própria Administração e, creiam, pelo próprio Judiciário. O STF é posicionado no topo da organização do Judiciário, e, apesar de todos sabermos dos riscos de se concentrar em excesso o poder nas mãos de quem comanda, lidera e decide com a palavra final, também não se pode ignorar a sua posição, sua função e seu necessário poder de decidir e encerrar o conflito. Alguém tem que ter esse poder, sob pena de instauração na anarquia no sistema e disseminação da balbúrdia e desordem jurídica. O STF precisa ser poupado e a todo instante ser provocado para ter que reformar, sem sede recursal, decisões de Magistrados e Tribunais que colidem com a maneira como ele decide a questão. Existem certos posicionamentos que a Corte adota em determinadas situações polêmicas e de grande repercussão social que dificilmente serão modificados, e isso é público, notório. Há situações em que, dentro de um quadro de seriedade e que não migre para o devaneio ou o deboche, não existe qualquer perspectiva de se modificar um entendimento na Suprema Corte. Ora, fomentar uma indústria de recursos, face decisões contrárias a tais posicionamentos, significa abarrotar uma Casa que já é por natureza assoberbada e trabalha sempre acima do limite da sua capacidade, e, pior, abarrotar a Casa com um mesmo e já insuportável dever de ficar corrigindo decisões que a Corte cansativa e exaustivamente já evidenciou que não vai tolerar. E tal esquartejamento do STF faz com que questões que merecem celeridade e praticidade sejam prejudicadas, lesando-se a própria sociedade e a ordem pública última *ratio*. Ponderando valores, não pode ser coerente acreditar que o direito de um Juiz decidir como pensa (o que, reitero, é um livre direito, sim), possa ser tão legítimo como se costuma alegar, quando se percebe que essa decisão vai ser objetivamente modificada, que não há perspectiva séria alguma de ela ser mantida, e, pior, que a fábrica interminável de decisões como essa acarreta um dano imenso na funcionalidade das atividades da Corte Maior do país. Temos que ter a sensibilidade de compreender a teoria aliada

à prática, e uma prática que se contextualize na realidade verdadeira do país que somos, do mundo que vivemos. Somos de uma população de mais de 200 milhões de pessoas, multiplicadora de lides em volume diária jamais alcançável em quaisquer outros lugares do mundo. Temos um Judiciário com milhares de órgãos (Juízes e Tribunais) espalhados em uma plataforma continental que podem fomentar recursos para o STF a todo instante, ainda que já haja uma natural sistemática de triagem e embarreiramento (pressupostos de admissibilidade recursal). Nesse contexto, legitimar uma desenfreada máquina de edição de decisões atacáveis por recursos constitucionais, decisões essas flagrantemente contrárias a posicionamentos consagrados na Suprema Corte de modo consistente e que não permite crer em sua derrocada, não nos parece ser a mais inteligente forma de pensar a harmonia do sistema. Daí porque também merecedora de aplausos a postura adotada de permitir à Suprema Corte a prerrogativa de, *sempre pautada no bom-senso,* guiada pela batuta da *razoabilidade*, selecionar com inteligência, diante de quadros de *necessidade*, quais são as questões que realmente exigem uma brecada nessa fábrica incômoda que gera o dano supra narrado ao Tribunal Maior e a própria sociedade. Nesse diapasão, o STF edita um verbete para tais situações e nele consagra o texto que ensina o teor do seu entendimento nas situações como aquela, determinando então que toda a Administração Pública, federal, estadual, distrital e municipal, bem como todos os demais órgãos do Judiciário, se adequem a esse modo de agir, cumprindo a decisão e fazendo ela prevalecer, já que passa a ter feito vinculante.

Observando a recente história em relação ao tema, é fácil perceber que as críticas não prosperaram. Nos primeiros sete anos – entre 2006, quando veio a Lei 11.417/2006 regular o feito – e o início do ano de 2012, apenas ***32 Súmulas Vinculantes*** foram editadas. Ora, ao contrário do que muitos falavam, chegando a professar que o Supremo publicaria dez mil súmulas vinculantes (como ouvi de um famoso doutrinador numa palestra, afirmando imperativamente que existiria uma súmula vinculante para cada lei existente!), tivemos até um número menor do que seria necessário.

Aos poucos, quebrei minha inicial resistência ao instituto, principalmente em razão da forma inteligente como o STF soube manuseá-lo, introduzindo-o com sutileza na vida judiciária e realmente para questões sensíveis, necessárias e pontuais.

Superado esse ponto, veio uma nova discussão. De que adiantaria legitimar o uso das Súmulas Vinculantes e não se criar um remédio para que o próprio STF forçasse seu cumprimento quando eventual rebelde descumprisse o mandamento emanado de uma delas? Era, portanto, preciso ter o remédio por via do qual se pudesse levar diretamente à Suprema Corte a narrativa do feito em que se detectava o descaso com a Súmula Vinculante, para que o Tribunal Maior pudesse ordenar de imediato, até mesmo em liminar, se necessário, a aplicação adequada de seu entendimento.

E foi nesse ponto que se vislumbrou a Reclamação Constitucional como ferramenta jurídica idônea para o fim colimado, propiciando-se que, por via de seu ajuizamento, se levasse o feito diretamente para a Suprema Corte.

Independentemente de se ter inserido regulação especial para a matéria no art. 103-A, § 3.º, da Carta, o qual expressamente faz referência à Reclamação como via de defesa adequada para os casos de desrespeito ao entendimento de Súmula Vinculante, parece-nos que já seria cabível avocar tal

ferramenta mesmo sem a inclusão do dispositivo em apreço, vide que o próprio art. 102, I, da Carta, já autorizaria o remédio em voga, posto atribuir a tal veículo a missão de provocar o Supremo quando de situações em que se constatasse o *desrespeito à autoridade de suas decisões*. Ora, o que acontece quando uma Súmula Vinculante é desrespeitada é exatamente isso: o desrespeito à autoridade de uma decisão do STF. E, nesse particular caso, um desrespeito qualificado e muito mais grave, merecedor de reprovação muito maior, já que a conduta violadora era submetida a público efeito vinculante contrário.

No reino do Direito Tributário, foram estampadas oito das 32 primeiras súmulas vinculantes, algumas não sendo essencialmente tributárias, mas trafegando em temas dos quais as relações tributárias se aproximam e, em certo momento, se afinam. É o caso da Súmula Vinculante 24 relativa à matéria penal e processo penal, mas que envolve crimes tributários e o instituto do crédito tributário juntamente com seu lançamento. Ou da Súmula Vinculante 21, que analisa o trâmite dos processos administrativos e a questão do depósito recursal, avaliando garantias constitucionais como devido processo legal, ampla defesa, contraditório e proporcionalidade, temas que mais comumente são estudados nas cadeiras do Direito Administrativo e Constitucional, não obstante flagrantemente cada vez mais latentes na seara fiscal. Algumas até especializam para ramo de particular autonomia, como o Direito Previdenciário, e é o que ocorre no caso da Súmula Vinculante 8. Outras são essencialmente tributárias mesmo, como as Súmulas Vinculantes 19, 28, 29, 31, 32.

4. SÚMULAS VINCULANTES TRIBUTÁRIAS SELECIONADAS

Súmula Vinculante 8. São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5.º do Decreto-lei n.º 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei n.º 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Súmula Vinculante 19. A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal.

Súmula Vinculante 21. É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

Súmula Vinculante 24. Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1.º, incisos I a IV, da Lei n.º 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.

Súmula Vinculante 28. É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.

Súmula Vinculante 29. É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra.

Súmula Vinculante 31. É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis.

Súmula Vinculante 32. O ICMS não incide sobre alienação de salvados de sinistro pelas seguradoras.

5. CASOS CONCRETOS COM PEÇAS RESOLVIDAS. DESRESPEITO ÀS SÚMULAS VINCULANTES TRIBUTÁRIAS

CASO CONCRETO 1

Cláudio, com grave problema de IPTU, cobrado indevidamente e em grande valor pelo Município do Rio de Janeiro, lhe contrata como advogado para que resolva o embaraço que está enfrentando na tentativa de ajuizamento de Ação Anulatória Fiscal na Vara de Fazenda Pública do Município do Rio de Janeiro. Narra-lhe, Cláudio, que o advogado que inicialmente lhe serviu, informou que o Juiz condicionou o recebimento da Ação de Anulação de Lançamento ao feitio de depósito em dinheiro da quantia integral referente ao valor da cobrança fiscal. Ocorre que Cláudio não possui o referido numerário e o advogado informou que nada poderia ser feito sem o referido depósito, pois "naquela vara" só se conseguiria ajuizar a ação caso o depósito fosse feito, visto o Juiz entender que a Lei 6.830/80 condiciona ao depósito o recebimento da Ação Anulatória. Inconformado, Cláudio, após ouvir dizer que essa postura colide com entendimento do Supremo Tribunal Federal, foi recomendado a te procurar, e, após destituir seu advogado, pediu-lhe que assumisse a questão e tentasse um remédio judicial que possibilitasse forçar o Juiz a receber a Ação independente da realização do depósito, o qual, para ele, de fato, não seria viável de ser realizado. Como advogado, adote a defesa judicial por via da qual possa ser ordenado ao Juiz que faça respeitar a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal, tendo cassada sua decisão de inadmitir a ordinária ajuizada, sendo compelido a receber e conhecer da Ação Anulatória. Ciente que seu cliente tem urgência em discutir a questão na vara municipal, para tentar conquistar a suspensão da exigibilidade do crédito do IPTU e auferir certidões com efeito de negativa, tente de modo mais célere conseguir a ordem judicial que acolha o interesse de seu cliente, contando com o Plenário do STF.

RESPOSTA

Exmo. Sr. Dr. Ministro Presidente do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL;

EGRÉGIO PLENÁRIO,

ILUSTRE RELATOR,

Reclamação Constitucional

Cláudio, (nacionalidade), (estado civil), (profissão), (documento de identidade e CPF), (domicílio e residência), vem, por meio de seu advogado (procuração em anexo com endereço para os fins do art. 39, I, do CPC), respeitosamente, perante V. Exa., nos termos dos arts.102, I, *l*, e 103-A, § 3.º, da CRFB/1988, art. 282, CPC, arts.13 a 18 da Lei 8.038/1990 e, ainda, arts. 6.º, I, *g*, e 156 a 162 do Regimento Interno do STF, ajuizar a presente

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COM PEDIDO LIMINAR

em face da decisão do Meritíssimo Juiz ___, atuante na ___ Vara de Fazenda Pública do Município do Rio de Janeiro, Comarca da Capital ___, proferida às folhas n.º ___, nos autos do processo n.º ___, pertinente à Ação Anulatória de Lançamento Fiscal em que o ora reclamante atua como autor, decisão essa de condicionar o recebimento da Ação ao feitio de depósito do montante integral em dinheiro, a qual viola frontalmente o entendimento do enunciado da **Súmula Vinculante n.º 28** desta egrégia Corte, conforme se expõe a seguir.

I – DOS FATOS, DO ATO JUDICIAL RECLAMADO E DA AUTORIDADE RECLAMADA

O reclamante recebeu lançamento fiscal de IPTU realizado pela Administração Tributária do Município do Rio de Janeiro. Por entender indevida a cobrança, ajuizou, na Vara de Fazenda Pública do Município, Comarca da Capital, Ação Anulatória de lançamento fiscal, processo n.º ___ e, para sua surpresa, o Meritíssimo Juiz, o Excelentíssimo Senhor Doutor ___, condicionou o recebimento da Ação Anulatória em comento ao feitio de depósito do montante integral em dinheiro, o que, além de ser inviável para o ora reclamante, é flagrantemente indevido, posto colidir com entendimento consagrado na Súmula Vinculante de número 28 desta colenda Suprema Corte. Face o embaraço é que se ajuíza a presente Reclamação Constitucional.

II – DAS PROVAS PRÉ-CONSTITUÍDAS DOCUMENTALMENTE EM ANEXO (art. 13, parágrafo único da Lei 8.038/1990)

Conforme prevê o art. 13, parágrafo único da Lei 8.038/1990, segue em anexo (doc ___) rol de documentos que comprovam de modo incontroverso a ocorrência do ato inconstitucional apontado, evidenciando-se o flagrante desrespeito ao entendimento veiculado na Súmula Vinculante número 28 do STF.

III – DO DIREITO

O direito do autor de se valer da presente Reclamação emana do disposto no art. 102, I, *l*, da Magna Carta, combinado com o art. 103-A, § 3.º, do mesmo diploma fundamental, os quais afirmam que cabe ao Supremo Tribunal Federal, em sede de competência originária, apreciar “a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”, bem como que “o ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.” No caso em tela, trata-se de situação em que foi desrespeitado o entendimento da Súmula Vinculante 28 dessa Suprema Corte, colocando em risco a preservação da autoridade de suas decisões.

O direito material que se busca defender, de não sujeição à indevida cobrança do IPTU, não é o objeto de enfrentamento na presente Reclamação, e há de ser apreciado nos autos da Ação Anulatória ajuizada na Vara de Fazenda Pública, a qual se pretende conseguir ver recebida e devidamente processada, e, para tanto, se espera lograr êxito na presente Reclamação.

O ato praticado pelo Ilustre Magistrado da referida Vara Fazendária não pode jamais prosperar, obstando o acesso do autor ao Judiciário. A questão de mérito que ensejou a edição da Súmula Vinculante ora desrespeitada é bastante conhecida. Não se pode condicionar o direito de acessar o Judiciário ao pagamento do valor cobrado pelo fisco. Pessoas que não tenham condições de disponibilizar tal montante, especialmente quando este não é devido (como no presente caso), ficariam impedidas de exercerem a garantia constitucional emanada do art. 5.º, XXXIV, da Constituição.

O depósito do montante integral em dinheiro é uma OPÇÃO, e não uma obrigação. Caso o contribuinte opte por fazer, logrará algumas vantagens, dentre elas, a de suspender de imediato a exigibilidade do crédito tributário, impedindo ajuizamento de execução fiscal, bem como interrompendo a fluência de consectários de mora, e, ainda, assegurando certidões com efeito de negativa, as quais, a bem da verdade, deveriam ser certidões negativas mesmo, vide eliminação total do risco de inadimplemento para o fisco. De todo modo, frise-se, o depósito é apenas uma opção, e não uma obrigação. Não se pode, em hipótese alguma, condicionar o recebimento da Ação a tal depósito, sob pena de, como frisado, impedir o acesso ao Judiciário para pessoas que não possuam recursos financeiros, o que, no caso presente, é exatamente o que ocorre com o reclamante.

Face o exposto é que almeja que esse Egrégio Tribunal Constitucional determine, em sede liminar, como a seguir destacado, a aplicação imediata do entendimento da Súmula Vinculante 28, cassando-se a equivocada decisão do Digníssimo Magistrado, fazendo valer a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal e o direito de acesso ao Judiciário do ora Reclamante.

IV – DO PEDIDO LIMINAR NOS TERMOS DO ART. 14, II, DA LEI 8.038/1990

O reclamante, com fulcro no permissivo emanado do art. 14, II, da Lei 8.038/1990, e para fins de evitar dano irreparável, pede, possa V. Exa. conceder liminar para fins de ordenar que se cumpra de imediato o entendimento consagrado na Súmula Vinculante 28, evitando que o autor da presente suporte prejuízos injustos.

V – DO PEDIDO

a) pede sejam requisitadas informações à autoridade reclamada, nos termos do art. 14, I, da Lei 8.038/1990;

b) requer seja dada vista ao Ministério Público, nos termos do art. 16 da Lei 8.038/1990;

c) reitera o pedido liminar nos termos ante apresentados, nos termos do art. 14, II, da Lei 8.038/1990;

d) requer julgue procedente a presente Reclamação para fins de cassar o ato judicial atacado, já ante exposto e especificado, ordenando à autoridade reclamada também supra qualificada que cumpra de imediato a presente ordem, proferindo nova decisão, de modo a fazer valer o enunciado da Súmula Vinculante 28 desse egrégio Supremo Tribunal, tudo nos termos do art. 103-A, § 3.º, CRFB/1988, art. 7.º, § 2.º, da Lei 11.417/2006, e art. 18 da Lei 8.038/1990, e, assim, aceitar a Ação Anulatória de lançamento fiscal sem a necessidade de realização do depósito do montante integral em dinheiro.

Termos em que pede deferimento.

Local ___ Data ___

Advogado ___ OAB n.º ___

CASO CONCRETO 2

Companhia Seguradora Delta, que atua no ramo de seguro de veículos, foi surpreendida com Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD de ICMS, cobrado pelo Estado da Bahia, no qual atua. A Notificação se deu relativamente a vendas que Delta fez de salvados de sinistros recuperados de automóveis que foram alvo dos sinistros e que pertenciam a seus segurados. Por tais vendas, a loja de autopeças recebeu certa quantia, a qual foi tributada com ICMS pelo fisco estadual baiano. Entendendo ser indevida a tributação, questionou a NFLD mediante impugnação administrativa apresentada pelo contador da empresa. Denegado o pedido de cancelamento da NLFD, foi interposto Recurso Voluntário para o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, que, ao julgá-lo, manteve a decisão denegatória proferida no julgamento originário. Não tendo sido admitido Recurso Especial para a Câmara Superior de Recursos Fiscais e encerrado o PAF sem que tivesse sido acolhido o pedido de anulação da NFLD, resolveu contratar seus serviços de advocacia, cinco meses após findo o processo administrativo, pedindo-lhe que ajuizasse ação que permitisse questionar o ato de cobrança do ICMS e anulá-lo, da maneira mais rápida e menos custosa possível, especialmente levando em consideração que todas as provas necessárias já estão nas mãos do seu cliente. Ajuíze Ação que dispense a necessidade de dilação probatória, que elimine o risco de sucumbência e que, gozando de procedimento especial, permita de modo rápido e eficiente fazer valer cumprir a jurisprudência do STF no caso concreto e assim sendo cancelar o lançamento feito, anulando a NFLD.

MODELO DE RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Exmo. Sr. Dr. Ministro Presidente do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL;

EGRÉGIO PLENÁRIO,

ILUSTRE RELATOR,

Reclamação Constitucional

Fulano de Tal, (nacionalidade), (estado civil), (profissão), (documento de identidade e CPF), (domicílio e residência), vem, por meio de seu advogado (procuração em anexo com endereço para os fins do art. 39, I, do CPC), respeitosamente, perante V. Exa., nos termos dos arts. 102, I, *l*, e 103-A, § 3.º, da CRFB/1988, art. 282, CPC, arts. 13 a 18 da Lei 8.038/1990, e, ainda, arts. 6.º, I, *g* e 156 a 162 do Regimento Interno do STF, ajuizar a presente

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COM PEDIDO LIMINAR

em face de ato administrativo de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLF relativa a ICMS, praticado pela autoridade administrativa ___, bem como de decisões na mesma esfera e teor, não mais atacáveis por qualquer recurso administrativo, que negaram aplicação do enunciado da **Súmula Vinculante n.º 32** desta egrégia Corte, conforme se expõe a seguir.

I – DOS FATOS, DO ATO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO E DA AUTORIDADE RECLAMADA

II – DO EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA NOS TERMOS DO ART. 7.º, § 1.º, DA LEI 11.417/2006

III – DAS PROVAS PRÉ-CONSTITUÍDAS DOCUMENTALMENTE EM ANEXO (art. 13, parágrafo único da Lei 8.038/1990)

IV – DO DIREITO

Argumento 1 – Defender o direito de usar a Reclamação Constitucional;

Argumento 2 – Comentar sucinta e objetivamente o mérito, embasado na Súmula Vinculante.

V – DO PEDIDO LIMINAR NOS TERMOS DO ART. 14, II, DA LEI 8.038/1990

VI – DO PEDIDO

a) pede sejam requisitadas informações à autoridade reclamada, nos termos do art. 14, I, da Lei 8.038/1990;

b) requer seja dada vista ao Ministério Público, nos termos do art. 16 da Lei 8.038/1990;

c) reitera o pedido liminar nos termos antes apresentados, nos termos do art. 14, II, da Lei 8.038/1990;

d) requer julgue procedente a presente Reclamação para fins de anular o ato administrativo praticado e impor à autoridade reclamada, bem como aos devidos órgãos da Administração Pública, que cumpram de imediato a presente decisão, fazendo valer o enunciado da Súmula Vinculante n.º___ desse egrégio Tribunal.

Termos em que pede deferimento.

Local ___ Data ___

Advogado ___ OAB n.º ___

TÍTULO X

MODELOS DE PEÇAS

PETIÇÃO INICIAL.
AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO.
ANULATÓRIA COM DEPÓSITO
DO MONTANTE INTEGRAL

Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da ... Vara Federal da Subseção Judiciária do município ... na Seção Judiciária do Estado ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF e Identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo com todas as qualificações necessárias e endereço para os fins do art. 39, I, CPC, respeitosamente, perante V. Exa., nos termos do art. 109, I, da CRFB/1988, bem como do art. 282 do CPC e, também, do art. 38, parágrafo único, da Lei 6.830/1980 e, ainda, do art. 151, II c/c art. 156, X, do CTN e, por fim, a Súmula 112 do STJ, ajuizar a presente

AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO FISCAL
COM PEDIDO DE DEPÓSITO DO MONTANTE
INTEGRAL EM DINHEIRO

em face da União Federal, pessoa jurídica de direito público interno, endereço, e sua respectiva fazenda pública nacional, conforme fatos e fundamentos a seguir expostos.

I – DOS FATOS

II – DO DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL EM DINHEIRO

III – DA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO

IV – DO DIREITO

V – DO PEDIDO

a) requer a citação do réu na pessoa de seu representante legal para que possa, caso queira, ingressar no feito;

b) requer a permissão para a produção de todas as provas admissíveis em direito;

c) requer a condenação da ré ao pagamento das verbas sucumbenciais, a destacar, o ressarcimento nas custas processuais e o pagamento dos honorários advocatícios, nos termos do art. 20 do CPC;

d) requer julgue procedente a presente ação para fins de anular o lançamento atacado, reconhecendo a inexistência da dívida e

declarando a extinção do crédito tributário nos termos do art. 156, X, CTN;

e) reafirma pedido de autorização para proceder ao depósito do montante integral em dinheiro para fins de suspender a exigibilidade do crédito, nos termos do art. 151, II, CTN c/c Súmula 112 do STJ;

f) requer possa levantar o valor depositado ao final, atualizado na forma da lei.

Dá-se à causa o valor de R$ ... (valor da cobrança feita no lançamento)

(CPC, arts. 258 a 261)

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

PETIÇÃO INICIAL.
AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO.
ANULATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... (Única / Especializada / Cível / Fazenda Pública) da Comarca do Município ...

(10 linhas)

Sociedade ABC, CNPJ, endereço, atos constitutivos em anexo com todas as qualificações necessárias, vem, por meio de seu advogado, procuração acostada com as devidas identificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., nos termos dos arts. 273 e 282 do CPC, e, também, do art. 38, parágrafo único, da Lei 6.830/1980 e, ainda, do art. 151, V c/c art. 156, X, do CTN, ajuizar a presente

AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO FISCAL
COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

em face do Município ..., pessoa jurídica de direito público interno, endereço, e sua respectiva fazenda pública municipal, conforme fatos e fundamentos a seguir expostos.

I – DOS FATOS

II – DO DIREITO

III – DA TUTELA ANTECIPADA PARA FINS DE SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO

IV – DO PEDIDO

a) requer a citação do réu na pessoa de seu representante legal para que possa, caso queira, ingressar no feito;

b) requer a permissão para a produção de todas as provas admissíveis em direito;

c) requer a condenação da ré ao pagamento das verbas sucumbenciais, a destacar, o ressarcimento nas custas processuais e o pagamento dos honorários advocatícios, nos termos do art. 20 do CPC;

d) requer julgue procedente a presente ação para fins de anular o lançamento atacado, reconhecendo a inexistência da dívida e declarando a extinção do crédito tributário nos termos do art. 156, X, do CTN;

e) reafirma pedido de concessão de tutela antecipada, conforme ante exposto e nos termos dos arts. 273 do CPC e 151, V, do CTN, para fins de suspender a exigibilidade do crédito, bem como sua manutenção até o final do processo.

Dá-se à causa o valor **de R$ ...** (valor da cobrança feita no lançamento)

(CPC, arts. 258 a 261)

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

PETIÇÃO INICIAL.
AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO.
ANULATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA
CUMULADA COM DEPÓSITO PARCIAL

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... (Única / Especializada / Cível / Fazenda Pública) da Comarca do Município ...

(10 linhas)

Sociedade ABC, CNPJ, endereço, atos constitutivos em anexo com todas as qualificações necessárias, vem, por meio de seu advogado, procuração acostada com as devidas identificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., nos termos dos arts. 273 e 282 do CPC e, também, do art. 38, parágrafo único, da Lei 6.830/1980 e, ainda, do art. 151, II e V c/c art. 156, X, do CTN, ajuizar a presente

AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO FISCAL
COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
CUMULADA COM DEPÓSITO PARCIAL

em face do Município ..., pessoa jurídica de direito público interno, endereço, e sua respectiva fazenda pública municipal, conforme fatos e fundamentos a seguir expostos.

I – DOS FATOS

II – DO DEPÓSITO DE PARTE DO VALOR DA DÍVIDA

III – DO DIREITO

IV – DA TUTELA ANTECIPADA PARA FINS DE SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO

V – DO PEDIDO

a) requer a citação do réu na pessoa de seu representante legal para que possa, caso queira, ingressar no feito;

b) requer a permissão para a produção de todas as provas admissíveis em direito;

c) requer a condenação da ré ao pagamento das verbas sucumbenciais, a destacar, o ressarcimento nas custas processuais e o pagamento dos honorários advocatícios, nos termos do art. 20 do CPC;

d) requer julgue procedente a presente ação para fins de anular o lançamento atacado, reconhecendo a inexistência da dívida e declarando a extinção do crédito tributário nos termos do art. 156, X, do CTN;

e) reafirma pedido de concessão de tutela antecipada, conforme ante exposto e nos termos dos arts. 273 do CPC e 151, V, do CTN, para fins de suspender a exigibilidade do crédito, bem como sua manutenção até o final do processo;

f) reafirma pedido no sentido de que possa V. Exa. autorizar se proceda ao depósito em dinheiro de parte do valor da dívida cobrada, para fins de interromper de imediato a fluência dos consectários da mora relativamente a tal montante, bem como para, caso seja ajuizada eventual ação de execução fiscal, que a mesma não recaia sobre o valor ora depositado;

g) pede a restituição ao final do valor correspondente ao depósito parcial ora oferecido, corrigido na forma da lei.

Dá-se à causa o valor de R$ ... (valor da cobrança feita no lançamento)

(CPC, arts. 258 a 261)

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

PETIÇÃO INICIAL.
MEDIDA CAUTELAR FISCAL DO CONTRIBUINTE

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... (Única / Especializada / Cível / Fazenda Pública) da comarca do Município ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF e Identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo com todas as qualificações necessárias e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., nos termos dos arts. 282, 796 e seguintes do CPC, ajuizar a presente

MEDIDA CAUTELAR FISCAL
COM DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL
EM DINHEIRO

em face do Município ..., pessoa jurídica de direito público interno, endereço, e sua respectiva fazenda pública municipal, conforme fatos e fundamentos a seguir expostos.

I – DOS FATOS

II – DO DEPÓSITO PARA FINS DE ASSEGURAR O ACESSO A CERTIDÕES E IMPEDIR AJUIZAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL

III – DA PROPOSITURA DA AÇÃO PRINCIPAL EM 30 DIAS. ART. 806 DO CPC

IV – DA EXPOSIÇÃO SUMÁRIA DO DIREITO AMEAÇADO E O RECEIO DA LESÃO

V – DO DIREITO

VI – DO PEDIDO

Dá-se à causa o valor de R$ ... (valor do depósito)

(CPC, arts. 258 a 261)

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

PETIÇÃO INICIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL TRIBUTÁRIA

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... (Única / Especializada / Cível / Fazenda Pública) da Comarca do Município ...

(10 linhas)

Sociedade ABC, CNPJ, endereço, atos constitutivos em anexo com todas as qualificações necessárias, vem, por meio de seu advogado, procuração acostada com as devidas identificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., nos termos dos arts. 4.º, ٢٧٣ e ٢٨٢ do CPC, ajuizar a presente

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL TRIBUTÁRIA

em face do Município ..., pessoa jurídica de direito público interno, endereço, e sua respectiva fazenda pública municipal, conforme fatos e fundamentos a seguir expostos.

I – DOS FATOS

II – DO DIREITO

III – DA TUTELA ANTECIPADA

IV – DO PEDIDO

a) requer a citação do réu na pessoa de seu representante legal para que possa, caso queira, ingressar no feito;

b) requer a permissão para a produção de todas as provas admissíveis em direito;

c) requer a condenação da ré ao pagamento das verbas sucumbenciais, a destacar, o ressarcimento nas custas processuais e o pagamento dos honorários advocatícios, nos termos do art. 20 do CPC;

d) requer julgue procedente a presente ação para fins de declarar a inexistência da relação jurídica obrigacional tributária, reconhecendo que o autor da presente não se submete à tributação “xyz”;

e) reafirma pedido de concessão de tutela antecipada, conforme ante exposto e nos termos do art. 273 do CPC, para fins de que se declare liminarmente o bom direito do autor, bem como sua manutenção até o final do processo.

Dá-se à causa o valor de R$ ...

(CPC, arts. 258 a 261)

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

PETIÇÃO INICIAL.
AÇÃO DECLARATÓRIA DE DIREITO A GOZO DE ISENÇÃO FISCAL CUMULADA COM PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO ("DECLARATÓRIA CUMULADA COM REPETITÓRIA")

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... (Única / Especializada / Cível / Fazenda Pública) da Comarca do Município ...

(10 linhas)

Sociedade ABC, CNPJ, endereço, atos constitutivos em anexo com todas as qualificações necessárias, vem, por meio de seu advogado, procuração acostada com as devidas identificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., nos termos dos arts. 4.º, 273 e 282 do CPC, bem como dos arts. 165, I, 167 e 168 do CTN, e, também, das Súmulas 162 e 188 do STJ, ajuizar a presente

AÇÃO DECLARATÓRIA
DE EXISTÊNCIA DE DIREITO AO GOZO
DE ISENÇÃO FISCAL CUMULADA COM PEDIDO
DE RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO

em face do Município ..., pessoa jurídica de direito público interno, endereço, e sua respectiva fazenda pública municipal, conforme fatos e fundamentos a seguir expostos.

I – DOS FATOS

II – DO DIREITO À ISENÇÃO. DA PRETENSÃO DECLARATÓRIA

III – DA TUTELA ANTECIPADA PARA FINS DE DECLARAR INDEVIDA A TRIBUTAÇÃO

IV – DO PAGAMENTO INDEVIDO A SER RESSARCIDO

V – DA TEMPESTIVIDADE DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO

VI – DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

VII – DO PEDIDO

a) requer a citação do réu na pessoa de seu representante legal para que possa, caso queira, ingressar no feito;

b) requer a permissão para a produção de todas as provas admissíveis em direito;

c) requer a condenação da ré ao pagamento das verbas sucumbenciais, a destacar, o ressarcimento nas custas processuais e o pagamento dos honorários advocatícios, nos termos do art. 20 do CPC;

d) requer julgue procedente a presente ação para fins de declarar o direito de gozar da isenção fiscal supra-apontada, com base nos fundamentos ante expostos, reconhecendo que o autor da presente não se submete à tributação "xyz";

e) requer julgue procedente a presente ação também para fins de reconhecer o pagamento indevido que fora feito, nos termos da fundamentação supramencionada, condenando a ré ao ressarcimento do valor, devidamente acrescido dos juros e correção monetária, na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN e Súmulas 162 e 188 do STJ;

f) reafirma pedido de concessão de tutela antecipada, conforme ante exposto e nos termos do art. 273 do CPC, para fins de que se declare liminarmente o bom direito do autor, bem como sua manutenção até o final do processo.

Dá-se à causa o valor de R$ ...

(CPC, arts. 258 a 261)

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

PETIÇÃO INICIAL.
AÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... (competente para a execução Fiscal) da Comarca do Município ...

(10 linhas)

Sociedade ABC, CNPJ, endereço, atos constitutivos em anexo com todas as qualificações necessárias, vem, por meio de seu advogado, procuração acostada com as devidas identificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., nos termos dos arts. 282 e 739-A, § 1.º, do CPC, bem como dos arts. 8.º, 9.º, 16 e 17 da Lei 6.830/1980 e, ainda, do art. 156, X, do CTN, ajuizar a presente

AÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

em face do Município ..., exequente embargado, pessoa jurídica de direito público interno, endereço, e sua respectiva fazenda pública municipal, conforme fatos e fundamentos a seguir expostos.

I – DOS FATOS

II – DA TESPESTIVIDADE DOS PRESENTES EMBARGOS

III – DA GARANTIA

IV – DO EFEITO SUSPENSIVO

V – DO DIREITO

VI – DO PEDIDO

a) requer a intimação da embargada nos termos do art. 17 da Lei 6.830/1980;

b) requer a permissão para a produção de todas as provas admissíveis em direito;

c) requer a condenação da ré ao pagamento das verbas sucumbenciais, a destacar, o ressarcimento nas custas processuais e o pagamento dos honorários advocatícios, nos termos do art. 20 do CPC;

d) requer julgue procedente a presente ação para fins de declarar a inexistência de dívida exequenda, declarando a nulidade do título executivo, extinguindo o lançamento atacado e o crédito tributário constituído nos termos do art. 156, X, do CTN, bem como ordenando o cancelamento do termo de inscrição em dívida ativa;

e) reafirma pedido de atribuição do efeito suspensivo, conforme ante exposto, nos termos do art. 739-A, § 1.º, do CPC;

f) requer possa V. Exa. autorizar o levantamento da garantia ao final, na forma da lei.

Dá-se à causa o valor de R$ ... (valor constante na CDA)

(Lei 6.830/1980, art. 6.º, **§ 4.º**, c/c CPC, **arts. 258 a 261)**

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

PETIÇÃO INICIAL.
AÇÃO REPETITÓRIA

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... (Única / Especializada / Cível / Fazenda Pública) da Comarca do Município ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF e Identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo com todas as qualificações necessárias e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., nos termos do art. 282 do CPC e, também, dos arts. 165, I, 167 e 168 do CTN e, por fim, das Súmulas 162 e 188 do STJ, ajuizar a presente

AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO FISCAL

em face do Estado "x", pessoa jurídica de direito público interno, endereço, e sua respectiva fazenda pública estadual, conforme fatos e fundamentos a seguir expostos.

I – DOS FATOS

II – DO PAGAMENTO INDEVIDO

III – DA TEMPESTIVIDADE DA PRESENTE PROPOSITURA

IV – DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

V – DO DIREITO

VI – DO PEDIDO

a) requer a citação do réu na pessoa de seu representante legal para que possa, caso queira, ingressar no feito;

b) requer a permissão para a produção de todas as provas admissíveis em direito;

c) requer a condenação da ré ao pagamento das verbas sucumbenciais, a destacar, o ressarcimento nas custas processuais e o pagamento dos honorários advocatícios, nos termos do art. 20 do CPC;

d) requer julgue procedente a presente ação para fins de condenar a ré à restituição dos valores indevidamente pagos, conforme suprademonstrado, fazendo-se o acréscimo dos juros e correção monetária, nos termos acima expostos.

Dá-se à causa o valor de R$ ... (valor do pagamento indevido)

(CPC, arts. 258 a 261)

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

PETIÇÃO INICIAL.
AÇÃO REPETITÓRIA DE TRIBUTO INDIRETO.
IPI – JUSTIÇA FEDERAL

Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da ... Vara Federal da Subseção Judiciária do município ... na Seção Judiciária do Estado ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF e Identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo com todas as qualificações necessárias e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., nos termos do art. 109, I, da CRFB/1988, bem como do art. 282 do CPC, também dos arts. 165, I, 166, 167 e 168 do CTN e, ainda, do art. 1.º-F da Lei 9.494/1997 e do art. 39, § 4.º, da Lei 9.250/1995, e, por fim, da Súmula 546 do STF, ajuizar a presente

AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO FISCAL

em face da União Federal, pessoa jurídica de direito público interno, endereço, e sua respectiva fazenda pública nacional, conforme fatos e fundamentos a seguir expostos.

I – DOS FATOS

II – DO PAGAMENTO INDEVIDO

III – DA TEMPESTIVIDADE DA PRESENTE PROPOSITURA

IV – DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

V – DA RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS INDIRETOS

VI – DO DIREITO

VII – DO PEDIDO

a) requer a citação do réu na pessoa de seu representante legal para que possa, caso queira, ingressar no feito;

b) requer a permissão para a produção de todas as provas admissíveis em direito;

c) requer a condenação da ré ao pagamento das verbas sucumbenciais, a destacar, o ressarcimento nas custas processuais e o pagamento dos honorários advocatícios, nos termos do art. 20 do CPC;

d) requer julgue procedente a presente ação para fins de condenar a ré à restituição dos valores indevidamente pagos, conforme suprademonstrado, fazendo-se o acréscimo dos juros e correção monetária, nos termos acima expostos.

Dá-se à causa o valor de R$ ... (valor do pagamento indevido)

(CPC, arts. 258 a 261)

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

PETIÇÃO INICIAL.
AÇÃO CONSIGNATÓRIA.
RECUSA DE RECEBIMENTO DO PAGAMENTO
POR PARTE DO FISCO (CTN, ART. 164, I OU II)

Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da ... Vara Federal da Subseção Judiciária do município ... na Seção Judiciária do Estado ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF e Identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo com todas as qualificações necessárias e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., nos termos do art. 109, I, da CRFB/1988, bem como dos arts. 282, 890 e 893 do CPC, e, ainda, dos arts. 151, II, 156, VIII, e 164, I e § 2.º, do CTN e, por fim, da Súmula 112 do STJ, ajuizar a presente

AÇÃO DE CONIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

em face da União Federal, pessoa jurídica de direito público interno, endereço, e sua respectiva fazenda pública nacional, conforme fatos e fundamentos a seguir expostos.

I – DOS FATOS

II – DO DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL EM DINHEIRO

III – DA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO ATÉ O FINAL DO PROCESSO

IV – DO DIREITO

V – DO PEDIDO

a) requer a citação do réu na pessoa de seu representante legal para que possa, caso queira, ingressar no feito;

b) requer a permissão para a produção de todas as provas admissíveis em direito;

c) requer a condenação da ré ao pagamento das verbas sucumbenciais, a destacar, o ressarcimento nas custas processuais e o pagamento dos honorários advocatícios, nos termos do art. 20 do CPC;

d) requer julgue procedente a presente ação para fins de reconhecer o bom direito do autor, aceitando o depósito feito, homologando a consignação do pagamento e declarando a extinção do crédito tributário nos termos dos arts. 156, VIII, e 164, § 2.º, ambos do CTN;

e) reafirma pedido de autorização para proceder ao depósito do montante integral em dinheiro para fins de pagamento, bem como que considere suspensa a exigibilidade do crédito, nos termos do art. 151, II, do CTN c/c Súmula 112 do STJ, até o final do processo.

Dá-se à causa o valor de R$ ... (valor do depósito)

(CPC, arts. 258 a 261)

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

PETIÇÃO INICIAL.
AÇÃO CONSIGNATÓRIA.
DUPLA TRIBUTAÇÃO – CTN, ART. 164, III.
ICMS *X* ISS – JUSTIÇA ESTADUAL

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... (Única / Especializada / Cível / Fazenda Pública) da Comarca do Município ...

(10 linhas)

Sociedade ABC, CNPJ, endereço, atos constitutivos em anexo com todas as qualificações necessárias, vem, por meio de seu advogado, procuração acostada com as devidas identificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., nos termos dos arts. 47, 282, 890, 893 e 895 do CPC, bem como dos arts. 151, II, 156, VIII e X, e, ainda, 164, III e § 2.º, todos do CTN, e, por fim, da Súmula 112 do STJ, ajuizar a presente

AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

em face do Município ... e do Estado ..., ambos pessoas jurídicas de direito público interno, endereços, e suas respectivas fazendas públicas, municipal e estadual, conforme fatos e fundamentos a seguir expostos.

I – DOS FATOS

II – DO DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL EM DINHEIRO

III – DA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO ATÉ O FINAL DO PROCESSO

IV – DO DIREITO

V – DO PEDIDO

a) requer, nos termos do art. 893, II, do CPC, a citação de ambos os réus nas pessoas de seus respectivos representantes legais, para que possam, caso queiram, ingressar no feito;

b) requer a permissão para a produção de todas as provas admissíveis em direito;

c) requer a condenação do réu sucumbente ao pagamento das verbas sucumbenciais, a destacar, o ressarcimento nas custas processuais e o pagamento dos honorários advocatícios, nos termos do art. 20 do CPC;

d) reafirma pedido de autorização para proceder ao depósito do montante integral em dinheiro para fins de pagamento;

e) requer considere suspensa a exigibilidade de ambos os créditos cobrados, nos termos do art. 151, II, do CTN c/c Súmula 112 do STJ, até o final do processo;

f) requer julgue procedente a presente ação para fins de extinguir ambos os créditos lançados, nos termos do art. 156, VIII e X, do CTN, homologando a consignação do pagamento em favor do legítimo credor, qual seja, o réu "xyz", extinguindo o crédito referente ao "tributo abc", nos moldes do art. 156, VIII c/c art. 164, § 2.º, ambos do CTN, bem como extinguindo o crédito do "tributo kwz", nos termos do art. 156, X, do CTN, declarando indevida a sua cobrança.

Dá-se à causa o valor de R$ ... (valor do depósito)

(CPC, arts. 258 a 261)

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

PETIÇÃO INICIAL.
AÇÃO CONSIGNATÓRIA "HÍBRIDA"
(DEPÓSITO + TUTELA ANTECIPADA).
DUPLA TRIBUTAÇÃO – CTN, ART. 164, III
ICMS *X* ISS – JUSTIÇA ESTADUAL

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... (Única / Especializada / Cível / Fazenda Pública) da Comarca do Município ...

(10 linhas)

Sociedade ABC, CNPJ, endereço, atos constitutivos em anexo com todas as qualificações necessárias, vem, por meio de seu advogado, procuração acostada com as devidas identificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., nos termos dos arts. 47, 282, 890, 893 e 895 do CPC, bem como dos arts. 151, II, 156, VIII e X, e, ainda, 164, III e § 2.º, todos do CTN, e, por fim, da Súmula 112 do STJ, ajuizar a presente

AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

em face do Município ... e do Estado ..., ambos pessoas jurídicas de direito público interno, endereços, e suas respectivas fazendas públicas, municipal e estadual, conforme fatos e fundamentos a seguir expostos.

I – DOS FATOS

II – DO DEPÓSITO DO VALOR CORRESPONDENTE À MENOR DAS COBRANÇAS FEITAS

III – DA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE ATÉ O FINAL DO PROCESSO EM RELAÇÃO AO CRÉDITO COBRADO PELO RÉU "X"

IV – DO PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA PARA SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO OUTRO CRÉDITO, LANÇADO PELO RÉU "Y"

IV – DO DIREITO

V – DO PEDIDO

a) requer, nos termos do art. 893, I, do CPC, a citação de ambos os réus nas pessoas de seus respectivos representantes legais, para que possam, caso queiram, ingressar no feito;

b) requer a permissão para a produção de todas as provas admissíveis em direito;

c) requer a condenação do réu sucumbente ao pagamento das verbas sucumbenciais, a destacar, o ressarcimento nas custas processuais e o pagamento dos honorários advocatícios, nos termos do art. 20 do CPC;

d) reafirma pedido de autorização para proceder ao depósito em dinheiro no valor correspondente à dívida cobrada pelo réu "x", para fins de pagamento;

e) requer considere suspensa a exigibilidade do crédito cobrado pelo réu "x", nos termos do art. 151, II, do CTN c/c Súmula 112 do STJ, até o final do processo, já que, em relação a ele, o depósito é do montante integral e é em dinheiro;

f) reafirma pedido de deferimento de tutela antecipada, nos termos do art. 151, V, do CTN c/c art. 273 do CPC, para fins de suspender a exigibilidade do crédito do réu “y” até o final do processo;

g) requer julgue procedente a presente ação para fins de extinguir ambos os créditos lançados, nos termos do art. 156, VIII e X, do CTN, homologando a consignação do pagamento em favor do legítimo credor, qual seja, o réu “x”, extinguindo o crédito referente ao “tributo abc”, nos moldes do art. 156, VIII c/c art. 164, § 2.º, ambos do CTN, bem como extinguindo o crédito cobrado pelo réu “y”, nos termos do art. 156, X, do CTN, declarando indevida a sua cobrança.

Dá-se à causa o valor **de R$ ...** (valor do depósito)

(CPC, arts. 258 a 261)

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

PETIÇÃO INICIAL.
MANDADO DE SEGURANÇA REPRESSIVO
NA JUSTIÇA ESTADUAL.
MS COM PEDIDO LIMINAR

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... (Única, Especializada, Cível ou de Fazenda Pública) da Comarca do Município ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF/identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração anexada com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., com fulcro no art. 5.º, LXIX, da CRFB/1988, bem como nos arts. 282 e 283 do CPC e, também, nos arts. 6.º, 7.º, I, II e III, 12 e 23 da Lei 12.016/2009 impetrar o presente

**MANDADO DE SEGURANÇA
COM PEDIDO LIMINAR**

em face do ato coator ... praticado pela ilustre autoridade coatora ... a qual se acha vinculada ao Órgão / Pessoa Jurídica do ente federativo ..., conforme se demonstrará nos fatos e fundamentos a seguir expostos, bem como provas documentais anexadas.

I – DOS FATOS. DO ATO COATOR, DA AUTORIDADE COATORA E DO ÓRGÃO OU PESSOA JURÍDICA A QUE SE ACHA VINCULADA. DO ART. 6.º DA LEI 12.016/2009

II – DA TEMPESTIVIDADE

III – DA PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA EM ANEXO

IV – DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO AMPARÁVEL POR *HABEAS CORPUS* OU *HABEAS DATA*

V – DA LIMINAR SEM NECESSIDADE DE FIANÇA, CAUÇÃO OU DEPÓSITO

VI – DO PEDIDO

a) requer o impetrante, nos termos do art. 7.º, I, da Lei 12.016/2009, possa V. Exa. notificar a autoridade coatora, para que no prazo de dez dias preste esclarecimentos;

b) requer também o autor possa V. Exa., nos termos do art. 7.º, II, da Lei 12.016/2009, dar ciência ao órgão de representação judicial da pessoa interessada;

c) requer, nos termos do art. 12 da Lei 12.016/2009, a intimação do Ministério Público;

d) pede o autor a condenação da impetrada ao pagamento de custas processuais, já que a vedação legal prevista no art. 25 da Lei 12.016/2009 e nas Súmulas 105 do STJ e 512 do STF se restringe aos honorários sucumbenciais;

e) reafirma o autor, conforme ante exposto, pedido que a liminar seja deferida, bem como mantida ao final, nos termos do art. 7.º, III, da Lei 12.016/2009;

f) requer julgue procedente a presente ação para fins de conceder a segurança em definitivo, invalidando o ato coator ora atacado, declarando sua ilegalidade / abuso de poder, para fins de ...

Dá-se à causa o valor de R$ ...

(CPC, arts. 258 a 261)

Termos em que pede deferimento,

Local ... Data...

Advogado ... OAB ...

PETIÇÃO INICIAL.
MANDADO DE SEGURANÇA
PREVENTIVO NA JUSTIÇA FEDERAL.
MS COM PEDIDO LIMINAR

Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da ... Vara Federal da Seção Judiciária do Estado ...

(10 linhas)

Sociedade ABC, CNPJ, domicílio, atos constitutivos em anexo com todas as qualificações necessárias, vem, por meio de seu advogado, procuração anexada com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., com fulcro nos arts. 5.º, LXIX c/c art. 109, VIII, da CRFB/1988, bem como nos arts. 282 e 283 do CPC e, também, nos arts. 6.º, 7.º, I, II e III, e 12 da Lei 12.016/2009 impetrar o presente

**MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO
COM PEDIDO LIMINAR**

em face do perigo real e iminente de prática do ato coator ... a ser praticado por autoridade coatora que se acha vinculada ao Órgão / Pessoa Jurídica que compõe a Administração Tributária da União Federal, conforme se demonstrará nos fatos e fundamentos a seguir expostos, bem como provas documentais anexadas.

I – DOS FATOS. DO ATO COATOR EM VIAS DE SER PRATICADO, DA AUTORIDADE COATORA E DO ÓRGÃO OU PESSOA JURÍDICA A QUE SE ACHA VINCULADA. DO ART. 6.º DA LEI 12.016/2009

II – DA PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA EM ANEXO

III – DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO AMPARÁVEL POR *HABEAS CORPUS* OU *HABEAS DATA*

IV – DA LIMINAR SEM NECESSIDADE DE FIANÇA, CAUÇÃO OU DEPÓSITO

V – DO PEDIDO

a) requer o autor, possa V. Exa., nos termos do art. 7.º, II, da Lei 12.016/2009, dar ciência ao órgão de representação judicial da pessoa interessada;

b) requer, nos termos do art. 12 da Lei 12.016/2009, a intimação do Ministério Público;

c) pede o autor a condenação da impetrada ao pagamento de custas processuais, já que a vedação legal prevista no art. 25 da Lei 12.016/2009 e nas Súmulas 105 do STJ e 512 do STF se restringe aos honorários sucumbenciais;

d) reafirma o autor, conforme ante exposto, pedido que a liminar seja deferida, bem como mantida ao final, nos termos do art. 7.º, III, da Lei 12.016/2009;

e) requer julgue procedente a presente ação para fins de conceder a segurança em definitivo, determinando, se possível, o impedimento da prática do ato coator ora indicado, declarando sua ilegalidade/abuso de poder, e, caso o mesmo ocorra no curso do presente processo, que determine sua total ineficácia e sua invalidação ao final, para fins de ...

Dá-se à causa o valor de R$ ...

(CPC, arts. 258 a 261)

Termos em que pede deferimento,

Local ... Data...

Advogado ... OAB ...

PETIÇÃO INICIAL.
MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PREVENTIVO.
MS COM PEDIDO LIMINAR IMPETRADO ORIGINARIAMENTE NO STJ.
ATO COATOR DE MINISTRO DE ESTADO

Exmo. Sr. Dr. Ministro Presidente do Colendo Superior Tribunal de Justiça;

Doutos Ministros;

Preclaro Ministro Relator;

(10 linhas)

Associação ABC, legalmente constituída e em regular funcionamento há pelo menos um ano, CNPJ, domicílio, atos constitutivos em anexo com todas as qualificações necessárias, vem, por meio de seu advogado, procuração anexada com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, representando os interesses de seus associados, respeitosamente, perante V. Exa., com fulcro nos arts. 5.º, LXX c/c art. 105, I, "b", da CRFB/1988, bem como nos arts. 282 e 283 do CPC e, também, nos arts. 6.º, 7.º, I, II e III, 12, 21 e 22 da Lei 12.016/2009 impetrar o presente

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PREVENTIVO COM PEDIDO LIMINAR

em face do perigo real e iminente de prática do ato coator ... a ser praticado sob a responsabilidade do Digníssimo Ministro de Estado da Fazenda o Sr. ... autoridade coatora que chefia o Órgão Ministério da Fazenda, o qual compõe a Administração Tributária Direta da União Federal, conforme se demonstrará nos fatos e fundamentos a seguir expostos, bem como provas documentais anexadas.

I – DOS FATOS. DO ATO COATOR EM VIAS DE SER PRATICADO, DA AUTORIDADE COATORA E DO

ÓRGÃO OU PESSOA JURÍDICA A QUE SE ACHA VINCULADA. DO ART. 6.º DA LEI 12.016/2009

II – DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STJ

III – DA LEGITIMIDADE DA IMPETRAÇÃO

IV – DA PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA EM ANEXO

V – DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO AMPARÁVEL POR *HABEAS CORPUS* OU *HABEAS DATA*

VI – DA LIMINAR SEM NECESSIDADE DE FIANÇA, CAUÇÃO OU DEPÓSITO

VII – DO PEDIDO

a) requer o autor possa V. Exa., nos termos do art. 7.º, II, da Lei 12.016/2009, dar ciência ao órgão de representação judicial da pessoa interessada;

b) requer, nos termos do art. 12 da Lei 12.016/2009, a intimação do Ministério Público;

c) pede o autor a condenação da impetrada ao pagamento de custas processuais, já que a vedação legal prevista no art. 25 da Lei 12.016/2009 e nas Súmulas 105 do STJ e 512 do STF se restringe aos honorários sucumbenciais;

d) reafirma o autor, conforme ante exposto, pedido que a liminar seja deferida, bem como mantida ao final, nos termos do art. 7.º, III, da Lei 12.016/2009;

e) requer julgue procedente a presente ação para fins de conceder a segurança em definitivo, determinando, se possível, o impedimento da prática do ato coator ora indicado, declarando sua ilegalidade / abuso de poder, e, caso o mesmo ocorra no curso do presente processo, que determine sua total ineficácia e sua invalidação ao final, para fins de ...

Dá-se à causa o valor de R$ ...

(CPC, arts. 258 a 261)

Termos em que pede deferimento,

Local ... Data...

Advogado ... OAB ...

PETIÇÃO INICIAL.
MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO REPRESSIVO.
IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
ATO COATOR DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA.
MS COM PEDIDO LIMINAR

Exmo. Sr. Dr. Ministro Presidente do Egrégio Supremo Tribunal Federal;

Doutos Ministros;

Preclaro Ministro Relator;

(10 linhas)

Organização Sindical XYZ, CNPJ, domicílio, atos constitutivos em anexo com todas as qualificações necessárias, vem, por meio de seu advogado, procuração anexada com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., com fulcro nos arts. 5.º, LXX c/c art. 102, I, “d”, da CRFB/1988, bem como nos arts. 282 e 283 do CPC e, também,

nos arts. 6.º, 7.º, I, II e III, 12, 21, 22 e 23 da Lei 12.016/2009 impetrar o presente

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO
COM PEDIDO LIMINAR

em face do ato coator ... praticado pela digníssimo Sr. Presidente da República, autoridade coatora ... o qual chefia o Poder Executivo da União Federal, conforme se demonstrará nos fatos e fundamentos a seguir expostos, bem como provas documentais anexadas.

I – DOS FATOS. DO ATO COATOR, DA AUTORIDADE COATORA E DO ÓRGÃO OU PESSOA JURÍDICA A QUE SE ACHA VINCULADA. DO ART. 6.º DA LEI 12.016/2009

II – DA TEMPESTIVIDADE

III – DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STF

IV – DA LEGITIMIDADE DA IMPETRAÇÃO

V – DA PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA EM ANEXO

VI – DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO AMPARÁVEL POR *HABEAS CORPUS* OU *HABEAS DATA*

VII – DA LIMINAR SEM NECESSIDADE DE FIANÇA, CAUÇÃO OU DEPÓSITO

VIII – DO PEDIDO

a) requer o impetrante, nos termos do art. 7.º, I, da Lei 12.016/2009, possa V. Exa. notificar a autoridade coatora, para que no prazo de dez dias preste esclarecimentos;

b) requer também o autor possa V. Exa., nos termos do art. 7.º, II, da Lei 12.016/2009, dar ciência ao órgão de representação judicial da pessoa interessada;

c) requer, nos termos do art. 12 da Lei 12.016/2009, a intimação do Ministério Público;

d) pede o autor a condenação da impetrada ao pagamento de custas processuais, já que a vedação legal prevista no art. 25 da Lei 12.016/2009 e nas Súmulas 105 do STJ e 512 do STF se restringe aos honorários sucumbenciais;

e) reafirma o autor, conforme ante exposto, pedido que a liminar seja deferida, bem como mantida ao final, nos termos do art.7.º, III, da Lei 12.016/2009;

f) requer julgue procedente a presente ação para fins de conceder a segurança em definitivo, invalidando o ato coator ora atacado, declarando sua ilegalidade / abuso de poder, para fins de ...

Dá-se à causa o valor de R$ ...

(CPC, arts. 258 a 261)

Termos em que pede deferimento,

Local ... Data...

Advogado ... OAB ...

PETIÇÃO INICIAL.
MANDADO DE SEGURANÇA.
MS INDIVIDUAL REPRESSIVO

IMPETRADO ORIGINARIAMENTE NO TJ

Exmo. Sr. Dr. Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado ...

Doutos Desembargadores;

Preclaro Relator

(10 linhas)

Sociedade Empresária COME BEM, CNPJ, inscrição, endereço, atos constitutivos em anexo com todas as qualificações necessárias, vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., nos termos dos arts. 5.º, LXIX, da CRFB/1988, 282 e 283 do CPC, bem como dos arts. 6.º, 7.º, I, II e III, 12 e 23 da Lei 12.016/2009, impetrar o presente

MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO LIMINAR

em face do ato coator de ordenamento de fechamento de estabelecimento comercial, praticado pelo Ilmo. Sr. Governador do Estado ..., o qual se acha na chefia do Poder Executivo do referido Estado ..., almejando proteger direito líquido e certo atingido pelo aludido ato, não amparável por *habeas corpus* ou *habeas data*, de acordo com os fatos, provas e fundamentos a seguir narrados.

I – DOS FATOS. DO ATO COATOR, DA AUTORIDADE COATORA E DO ÓRGÃO A QUE SE VINCULA

II – DA TEMPESTIVIDADE DA IMPETRAÇÃO – ART. 23 DA LEI 12.016/2009

O impetrante registra que a presente impetração se faz de modo tempestivo, posto dentro do prazo de 120 dias contados da ciência do ato coator, conforme reza a regra emanada do art. 23 da Lei 12.016/2009, norma temporal essa que é entendida como constitucional pela Supre Corte, vide entendimento esposado na Súmula 632 do STF.

III – DAS PROVAS PRÉ-CONSTITUÍDAS EM ANEXO

O autor menciona que apresenta em anexo, no doc. ..., acervo de documentos que se revelam suficientes e cabais para provar tudo que é necessário para a admissibilidade e o êxito na presente impetração. Deixa claro que o ato coator ora atacado de fato aconteceu, que o mesmo atinge o impetrante em direito de sua titularidade, provando-se ainda ser o mesmo robusto e inquestionável, nem sequer sendo necessária a avocação do entendimento fincado na Súmula 625 do STF.

IV – DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO AMPARÁVEL POR *HABEAS CORPUS* OU *HABEAS DATA*

V – DA LIMINAR SEM NECESSIDADE DE FIANÇA, CAUÇÃO OU DEPÓSITO

O impetrante pede possa V. Exa. conceder a segurança pleiteada em sede liminar, já que restam presentes todos os requisitos necessários para o deferimento de tal pleito, nos termos do que exige o art. 7.º, III, da Lei 12.016/2009.

Há fundamento relevante na tese esposada, sendo visível juízo de probabilidade e certeza do bom direito, conforme se constata sem maiores esforços na argumentação apresentada nas linhas supradescritas, bem como nas próprias provas acostadas.

É perceptível também que a mora no deferimento da segurança representa inequívoco perigo de dano para o impetrante. De fato, existe risco de a medida se tornar ineficaz caso somente deferida ao final, correndo risco o impetrante se sofrer prejuízo sério, grave, contundente e de improvável reparação.

Quanto ao dano a ser suportado caso a medida liminar não seja concedida, o imperante esclarece que o mesmo segue devidamente especificado no doc. ... apresentado em anexo.

Por oportuno, pede ainda que possa V. Exa. deferir a medida liminar sem a necessidade de que o impetrante ofereça depósito, fiança ou caução a que se refere o art. 7.º, III, da Lei 12.016/2009, já que a medida de contracautela se revela bastante inoportuna para o impetrante, quiçá insuportável.

Sugere, por fim, reflexão, no sentido de se perceber que o deferimento da medida de urgência em face do poder público, no caso presente, não teria o condão de acarretar quaisquer prejuízos à impetrada.

Nesses termos, reafirma pedido de deferimento da segurança em caráter liminar.

VI – DO PEDIDO

a) requer o autor possa V. Exa. notificar a autoridade coatora para que, nos termos do art. 7.º, I, da Lei 12.016/2009, possa prestar informações;

b) requer se dê ciência ao órgão de representação judicial do Estado "X" para que, nos termos do art. 7.º, II, da Lei 12.016/2009, possa ingressar no feito e apresentar defesa se entender oportuno;

c) requer a intimação do Ministério Público para os fins do art. 12 da Lei 12.016/2009;

d) requer possa V. Exa. julgar procedente a presente ação, concedendo a segurança em definitivo quanto ao mérito, para fins de declarar a ilegalidade do ato normativo expedido pelo Ilustre Sr. Governador do Estado "X", reconhecendo-o como coator e afastando sua aplicabilidade, permitindo que o impetrante possa exercer o seu direito ...;

e) reafirma pedido de deferimento da medida em sede liminar e postula ela confirmação de seus efeitos ao final na prolação de sentença de procedência.

Dá-se a causa o valor de R$ ...

(CPC, arts. 258 a 261)

Termos em que pede deferimento,

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

PETIÇÃO INICIAL.
MANDADO DE SEGURANÇA.
MS DIANTE DE DECISÃO PROFERIDA EM JULGAMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTES DE ALÇADA NA HIPÓTESE DE NÃO SER CABÍVEL INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARA O STF. JUSTIÇA ESTADUAL. MS NO TJ

Exmo. Sr. Dr. Desembargador Presidente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF e Identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., com fulcro nos arts. 5.º, LXIX, e 125, § 1.º, da CRFB/1988, nos arts. 6.º, 7.º, I, II e III, 12 e 23 da Lei 12.016/2009, e, ainda, no art. 282 do CPC, impetrar o presente

**MANDADO DE SEGURANÇA EM FACE
DE ATO JUDICIAL COM PEDIDO LIMINAR**

diante da decisão prolatada em julgamento de recurso de Embargos Infringentes de Alçada pelo MMº Magistrado ..., nas folhas de nº ... dos autos do processo de nº ... na Ação de Execução Fiscal ajuizada pelo Município "x" em face do impetrante e que tramita na Vara ..., tendo tal recurso sido julgado favoravelmente à exequente e se tratando de hipótese em que não há adequação para o cabimento de interposição de Recurso Extraordinário, bem como de nenhuma outra modalidade recursal, almejando o impetrante obter no presente remédio a proteção a direito seu, líquido e certo, não amparável por *habeas data* ou *habeas corpus*, em razão dos fatos, provas e fundamentos a seguir apresentados.

I – DO CABIMENTO DO PRESENTE MANDADO DE SEGURANÇA EM FACE DE ATO JUDICIAL. DA NÃO VIOLAÇÃO AO ART. 5.º, II, **DA LEI 12.016/2009**

II – DO ATO COATOR E DA AUTORIDADE COATORA

III – DA TEMPESTIVIDADE DA IMPETRAÇÃO

IV – DAS PROVAS PRÉ-CONSTITUÍDAS EM ANEXO

V – DA LIMINAR SEM NECESSIDADE DE FICANÇA, CAUÇÃO OU DEPÓSITO

VI – DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO

VII – DO PEDIDO

Dá-se à causa o valor de R$ ... (valor da dívida exequenda na execução fiscal em curso / valor previsto na CDA / CPC, arts. 258 a 261 e Lei 6.830/1980, art. 6.º, § 4.º)

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

PETIÇÃO INICIAL EM HABEAS DATA
HABEAS DATA COGNITIVO
(ART. 7.º, I C/C ART. 8.º, I, DA LEI 9.507/1997)

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara ... (Única / Especializada / Cível / Fazenda Pública) da Comarca do Município ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF e Identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo com todas as qualificações necessárias e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., nos termos do art. 5.º, LXXII, "a", art. 5.º, X, e art. 5.º, LXXVII, todos da CRFB/1988, bem como dos arts. 7.º, I, 8.º, I, e 13, I, da Lei 9.507/1997, também os arts. 9.º, 12, 14, 19 e 21 da mesma Lei 9.507/1997, e, ainda, arts. 282 a 285 do CPC, assim como o art. 7.º, II e III, da Lei 12.016/2009, e, por fim, Súmula 2 do STJ, impetrar o presente

HABEAS DATA

em face do ato coator omissivo de se negar acesso a informação personalíssima a respeito da pessoa do impetrante, praticado sob a responsabilidade da ilustre autoridade coatora ... a qual responde pelo registro / banco de dados da entidade governamental / entidade não governamental de caráter público ... objetivando o acesso a tais informações, conforme fatos, provas documentais e fundamentos a seguir expostos.

I – DOS FATOS

II – DA RECUSA ADMINISTRATIVA EM PERMITIR ACESSO À INFORMAÇÃO DE CARÁTER PESSOAL. SÚMULA 2 DO STJ

III – DA PROVA DOCUMENTAL PRÉ-CONSTITUÍDA EM ANEXO. ART. 8.º, I, DA LEI 9.507/1997

IV – DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DE TAXA JUDICIÁRIA. GRATUIDADE DE JUSTIÇA

V – DA LEGITIMAÇÃO ATIVA ORDINÁRIA

VI – DA AUTORIDADE COATORA

VII – DA APLICAÇÃO SUBSIDIARIA DO ART. 7.º, II, DA LEI 12.016/2009

VIII – DO DIREITO

• afirmar se tratar de Ação Personalíssima;

• afirmar que o impetrante está buscando acesso a informação pessoal sobre sua vida particular;

• afirmar a conectividade do *Habeas Data* com os direitos de proteção à verdade, à honra, à informação personalíssima, proteção à intimidade, à privacidade e à imagem (“VHIPIPI”);

• distinguir o direito à informação personalíssima tutelado pelo HD e previsto no art. 5.º, LXXII, do direito à informação genérico do art. 5.º, XIV e XXXIII, e do direito de petição e acesso à certidão do art. 5.º, XXXIV;

• citar novamente a Súmula 2 do STJ;

• comentar a questão em que está envolvido o direito do impetrante, o qual se quer proteger com a informação pleiteada.

IX – DA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LIMINAR. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO. DA PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. DA DIFERENÇA ENTRE SATISFATIVIDADE E IRREVERSIBILIDADE. DA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 7.º, III, DA LEI 12.016/2009

X – DO PEDIDO

a) notificação da autoridade coatora, nos termos do art. 9.º;

b) da ciência ao Órgão de Representação Judicial da Pessoa Jurídica interessada nos termos do art. 7.º, II, da Lei 12.016/2009;

c) intimação do MP, nos termos do art. 12 da Lei 9.507/1997;

d) gratuidade de justiça, nos termos do art. 21 da Lei 9.507/1997;

e) prioridade no julgamento, nos termos do art. 19 da Lei 9.507/1997;

f) reafirmação do pedido liminar;

g) procedência da ação para permitir o acesso à informação personalíssima nos termos do art. 5.º, LXXII, “a”, da CRFB/1988, dos arts. 7.º, I, e 8.º, I, bem como dos arts. 13, I, e 14 da Lei 9.507/1997.

Dá-se à causa o valor de R$ ...

(CPC, arts. 258 a 261)

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

MANDADO DE INJUNÇÃO INDIVIDUAL.
MODELO DE PETIÇÃO INICIAL

Exmo. Sr. Dr. Ministro Presidente do egrégio Supremo Tribunal Federal – STF

Doutos Ministros;

Preclaro Ministro Relator;

(10 linhas)

Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF/identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração anexada com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., com fulcro nos arts. 5.º, LXXI, e 102, I, "q", da CRFB/1988, bem como no art. 21, parágrafo único, da Lei 8.038/1990 e Lei 12.016/2009, e, ainda, arts. 282 e 283 do CPC, impetrar o presente

MANDADO DE INJUNÇÃO

em face da ausência de norma regulamentadora do ..., a qual deveria ter sido elaborada pelo ... e que vem impedindo a efetividade do exercício de direito do autor, direito esse tutelado na Constituição, conforme se demonstrará nos fatos e fundamentos a seguir expostos.

I – DOS FATOS. DA OMISSÃO NO DEVER DE NORMATIZAÇÃO E DA LESÃO A DIREITO. DA RESPONSABILIDADE PELA OMISSÃO

• descrever os fatos apresentados, com suas próprias palavras; nesse momento, especificar qual é o "ato omisso", indicando, portanto, qual a fonte normativa que deve ser elaborada;

• indicar quem é o responsável pela elaboração da fonte regulamentar;

• indicar o dispositivo constitucional onde está prevista a necessidade de feitio da norma regulamentar.

II – DA APLICAÇÃO DA LEI 12.016/2009 NO QUE FOR CABÍVEL

• afirmar que, por força do disposto no art. 21, parágrafo único, da Lei 8.038/1990, deve-se aplicar, em relação ao procedimento na presente ação, no que for cabível, as normas previstas na Lei do Mandado de Segurança – Lei 12.016/2009.

III – DA PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA EM ANEXO

• afirmar ser desnecessária a dilação probatória, informando que em anexo seguem os documentos suficientes para provar toda a matéria de fato e de direito que seja necessária para evidenciar o cabimento da ação e seu julgamento de procedência.

IV – DO DIREITO

• afirmar, em preliminar, que a questão versa sobre omissão decorrente de norma constitucional de eficácia limitada;

• citar qual o direito que está sendo violado e demonstrar que a violação realmente decorre da omissão regulamentar.

V – DA LIMINAR

• pedir que possa ser autorizado o exercício do direito liminarmente, por existir fundamento relevante e pelo fato de haver risco de a medida se tornar ineficaz ao final; seguir o parâmetro do art. 7.º, III, da Lei 12.106/2009;

• não pedir a liminar nas hipóteses em que o art. 7.º, § 2.º, veda para o MS;

• pedir que a liminar possa ser dada sem necessidade de fiança, caução ou depósito;

• pedir que ao final a decisão liminar se converta em definitiva.

VI – DO PEDIDO

a) requer o impetrante, nos termos do art. 24, parágrafo único, da Lei 8.038/1990 c/c art. 7.º, I, da Lei 12.016/2009, possa V. Exa. notificar a autoridade omissa, para que no prazo de dez dias preste esclarecimentos;

b) requer também o autor possa V. Exa., nos termos do art. 24, parágrafo único, da Lei 8.038/1990 c/c art.7.º, II, da Lei 12.016/2009, dar ciência ao órgão de representação judicial da pessoa interessada;

c) requer, nos termos do art. 24, parágrafo único, da Lei 8.038/1990 c/c art. 12 da Lei 12.016/2009, a intimação do Ministério Público;

d) pede o autor a condenação da impetrada ao pagamento de custas processuais;

e) reafirma o autor, conforme ante exposto, pedido que a liminar seja deferida, bem como mantida ao final, nos termos do art. 24, parágrafo único, da Lei 8.038/1990 e do art. 7.º, III, da Lei 12.016/2009;

f) requer julgue procedente a presente ação para que reste viabilizado o exercício do direito do impetrante, sendo suprida a omissão normativa que vem prejudicando sua efetividade, determinando, caso entenda adequado, a prática do ato regulamentar o mais breve possível.

Dá-se à causa o valor de R$ ...

(CPC, arts. 258 a 261)

Termos em que pede deferimento,

Local ... Data...

Advogado ... OAB ...

PETIÇÃO INICIAL.
AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA NO STF – ACO.
CONFLITOS INTERNACIONAIS: ART. 102, I, “E”, DA CRFB/1988.
ESTADO ESTRANGEIRO *X* ESTADO-MEMBRO DA FEDERAÇÃO.
AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO FISCAL

Exmo. Sr. Dr. Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal – STF

Doutos Ministros

Ilustre Ministro Relator

(10 linhas)

Estado Estrangeiro “y”, pessoa jurídica de direito público internacional, com representação no Brasil no endereço ..., vem, por meio de seu advogado devidamente habilitado, procuração anexa com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa. e esse egrégio Tribunal, nos termos do art. 102, I, “e”, da CRFB/1988, bem como dos arts. 55, I, 247 a 251 e 273 a 275, todos do Regimento Interno do STF, bem como também nos termos dos arts. 282 a 285 do CPC e, ainda, do art. 38, parágrafo único, da Lei 6.830/1980 e dos arts. 151, II, e 156, X, do CTN, ajuizar a presente

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA – ACO
PARA ANULAÇÃO DE LANÇAMENTO FISCAL

em face do Estado "x" da Federação, pessoa jurídica de direito público interno, endereço, e sua respectiva fazenda pública estadual, diante dos fatos e fundamentos a seguir narrados.

I – DOS FATOS

II – DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STF NO PRESENTE CASO

III – DO DEPÓSITO DO MONTANTE INTEGRAL EM DINHEIRO PARA FINS DE SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

IV – DO DIREITO

V – DO PEDIDO

a) requer possa V. Exa. conhecer da competência originária dessa colenda Corte, nos termos do art. 102, I, "e", da CRFB/1988, conforme ante exposto;

b) requer possa V. Exa. ordenar a citação do réu, para fins de poder ingressar no feito e, sendo o caso, propor contestação, em prazo a ser fixado por V. Exa., nos termos do art. 247, § 1.º, do Regimento Interno do STF;

c) requer a intimação do Ministério Público da União, na pessoa do Procurador-Geral da República;

d) requer a permissão para a produção de provas;

e) requer possa V. Exa., caso entenda adequado, condenar a ré ao pagamento das verbas sucumbenciais, destacando as custas processuais e os honorários advocatícios;

f) requer possa V. Exa. autorizar o depósito do montante integral em dinheiro para fins de suspender a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, II, do CTN;

g) requer possa V. Exa., após conclusa a fase de instrução, dar vistas ao autor, ao réu e ao PGR, sucessivamente, para apresentarem seus arrazoados em prazo de cinco dias, nos termos do disposto no art. 249 do RISTF;

h) requer possa V. Exa. conceder, na sessão de julgamento, a palavra à parte, para manifestações orais em prazo de trinta minutos, passíveis de prorrogação pelo relator se necessário for, conforme o art. 251 do RISTF;

i) requer possa V. Exa. e esse Supremo Tribunal Federal julgarem procedente a presente ação, para fins de anular o lançamento ora questionado, declarando a inexistência da dívida e extinguindo o crédito tributário nos termos do art. 156, X, do CTN;

j) requer, por fim, possa V. Exa. autorizar, ao final, o levantamento do depósito, corrigido na forma da lei.

Dá-se à causa o valor de R$ ... (valor cobrado no lançamento – CPC, arts. 258 a 261)

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data...

Advogado ... OAB ...

PETIÇÃO INICIAL.
AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA NO STF – ACO.
CONFLITOS INTERFEDERATIVOS: ART. 102, I, "F", DA CRFB/1988.
ESTADO-MEMBRO DA FEDERAÇÃO *X* UNIÃO FEDERAL.
AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL TRIBUTÁRIA

Exmo. Sr. Dr. Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal – STF

Doutos Ministros

Ilustre Ministro Relator

(10 linhas)

Estado “x” da Federação, pessoa jurídica de direito público interno, com domicílio no endereço ... de sua capital, vem, por meio de seu bastante Procurador, ora postulante, respeitosamente, perante V. Exa. e esse egrégio Tribunal, nos termos do art. 102, I, “e”, da CRFB/1988, bem como dos arts. 55, I, 247 a 251 e 273 a 275, todos do Regimento Interno do STF, bem como também nos termos dos arts. 4.º, 273 e 282 a 285 do CPC, ajuizar a presente

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA – ACO
PARA DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA
DE RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL TRIBUTÁRIA – IMUNIDADE RECÍPROCA

em face da União Federal, pessoa jurídica de direito público interno, endereço, e sua respectiva fazenda pública nacional, diante dos fatos e fundamentos a seguir narrados.

I – DOS FATOS

II – DO DIREITO

III – DA TUTELA ANTECIPADA

IV – DO PEDIDO

Dá-se à causa o valor de R$ ...

(CPC, art. 258 a 261)

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

PETIÇÃO INICIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA PELA UNIÃO

Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da ... Vara Federal (competente para a Execução Fiscal) da Subseção Judiciária do Município ... na Seção Judiciária do Estado ...

(10 linhas)

União Federal, pessoa jurídica de direito público interno, endereço, e sua respectiva fazenda pública nacional, vem, por via de seu competente Procurador, respeitosamente perante V. Exa., nos termos do art. 109, I, da CRFB/1988, bem como dos arts. 282, 585, VII, e 591, todos do CPC, e, também, dos arts. 1.º a 8.º da Lei 6.830/1980, com especial apoio no art. 6.º, ajuizar a presente

AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL

em face da Sociedade ABC, já devidamente qualificada no Título Executivo em anexo, executando débito também descrito na Certidão de Dívida Ativa ora apresentada.

I – DAS REGRAS GERAIS PREVISTAS NO ART. 6. º DA LEI 6.830/1980 QUANTO À REGULARIDADE FORMAL DA PRESENTE PETIÇÃO

Pede o exequente V. Exa. observe as regras especiais previstas no art. 6.º da Lei de Execuções Fiscais, as quais regem a regularidade formal da presente peça vestibular. Registra, ainda, que, não obstante não seja obrigatório, acrescerá alguns tópicos na petição em apreço, por entender oportuno.

II – DA REGULARIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO E DA SUA APRESENTAÇÃO EM ANEXO

III – DA TEMPESTIVIDADE DO PRESENTE AJUIZAMENTO. DA NÃO CONSUMAÇÃO DA PRESCRIÇÃO

IV – DOS FATOS

V – DO DIREITO

VI – DO PEDIDO

a) requer o exequente possa V. Exa. constatar a regularidade do título executivo, reconhecendo a inexistência de vícios na CDA, para fins de deferir a petição inicial e proferir despacho, nos termos do art. 7.º da Lei 6.830/1980;

b) requer possa V. Exa., com o despacho de deferimento da presente petição inicial, ordenar a citação do réu, nos termos do art. 7.º, I, c/c art. 8.º da Lei 6.830/1980, para pagar a dívida em prazo de cinco dias ou oferecer garantia;

c) requer possa V. Exa. ordenar, no despacho citatório, que se proceda à penhora caso não seja paga a dívida nem garantida a execução por meio de depósito ou fiança e, sendo o caso, que se ordene a medida de arresto caso o executado não tenha domicílio ou dele tenha se ocultado, tudo nos termos do art. 7.º, II e III, da Lei 6.830/1980;

d) requer, caso ocorra penhora ou arresto, que reste desde o despacho ordenado o registro da penhora ou do arresto, independentemente do pagamento de custas, bem como a avaliação dos bens penhorados ou arrestados, nos termos do art. 7.º, IV e V, da Lei 6.830/1980;

e) requer seja condenada a executada ao pagamento das verbas sucumbenciais, destacando os honorários advocatícios;

f) requer a procedência da presente ação para fins de reafirmar a legitimidade do crédito exequendo e propiciar sua plena satisfatividade.

Dá-se à causa o valor de R$ ... (valor constante na CDA – art. 6.º, § 4.º, da Lei 6.830/1980)

Termos em que aguarda deferimento.

Local ... Data ...

Procurador ... Inscrição ...

CONTESTAÇÃO

Exmo. Sr. Dr. Juiz da ... Vara (do ajuizamento da ação – Fazenda Pública / Cível / Especializada / Única) da Comarca do Município ...

Ação Anulatória

Processo nº ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, profissão, nacionalidade, estado civil, CPF e Identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., nos termos dos arts. 297, 300 e seguintes do CPC, apresentar a presente

CONTESTAÇÃO

em face das alegações aduzidas por ... (autor da ação), já devidamente qualificado na petição inicial da ação ora em apreço, almejando ver a ação ser julgada improcedente, com base nos fatos e fundamentos a seguir narrados.

I – DOS FATOS

Os fatos foram...

Por força deles, o autor da presente ação propôs a demanda em face do réu, que ora se vale da contestação em tela almejando que os pedidos do autor sejam indeferidos.

II – DA TEMPESTIVIDADE

A presente contestação se propõe de modo tempestivo, já que dentro do prazo de quinze dias a que se refere o art. 297 do CPC.

III – DAS PRELIMINARES

IV – DO DIREITO

V – DO PEDIDO

a) o réu pleiteia possa V. Exa. indeferir os pedidos do autor, negando-lhes provimento, julgando a ação improcedente, reconhecendo o bom direito do demandado, declarando que ... (afirmar qual é o direito do réu);

b) pede o réu possa V. Exa. intimar o autor para dar ciência da presente contestação;

c) requer possa produzir todos os meios de provas admitidos em Direito que sejam necessárias ao deslinde da causa;

d) pede, ainda, possa V. Exa. condenar o autor ao pagamento das verbas sucumbenciais devidas, destacando-se os honorários advocatícios e as custas processuais.

Em face do exposto,

Pede deferimento.

Local ... Data...

Advogado ... OAB ...

RECURSO.
APELAÇÃO

Exmo. Sr. Dr. Juiz da ... Vara (do ajuizamento da ação – Fazenda Pública / Cível / Especializada / Única) da Comarca do Município ...

Ação Repetitória

Recorrente: Pedro Barretto

Recorrido: Município ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, autor ora apelante, profissão, nacionalidade, estado civil, CPF e Identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., nos termos dos arts. 496, I, 508, 511, 513 e seguintes do CPC, interpor o presente recurso de

APELAÇÃO

em face da emérita sentença prolatada por V. Exa. ... nas folhas n.º ... dos autos da presente ação, em que litiga com o Município ... pessoa jurídica de direito público interno, e sua respectiva fazenda pública municipal, pedindo que possa V. Exa. conhecer do recurso, verificando estarem presentes todos os requisitos de admissibilidade, destacando-se a adequação, a tempestividade e o cumprimento do regular preparo (guia de recolhimento no doc... em anexo), para então, após intimado o recorrido para apresentar contrarrazões, encaminhar, com efeito devolutivo e suspensivo, para julgamento no colendo Tribunal de Justiça do Estado ...

Em face do exposto,

Pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

DAS RAZÕES RECURSAIS

Egrégio Tribunal de Justiça do estado ...

Exmo. Sr. Dr. Desembargador Presidente, Doutos Desembargadores;

Digníssimo Desembargador Relator;

Ação de Repetição de Indébito

Processo n.º ...

Apelante: Pedro Barretto

Apelado: Município ...

I – DOS FATOS

Os fatos foram...

Por força deles, o autor da presente ação propôs a demanda em face do réu, sendo que o Meritíssimo Magistrado na primeira instância julgou improcedente a ação, razão pela qual, respeitosamente, o recorrente se insurge por via da apelação em tela.

II – DA TEMPESTIVIDADE

A interposição do recurso em evidência se fez de modo tempestivo, já que dentro do prazo de quinze dias a que se refere o art. 508 do CPC, observado o art. 506 e os arts. 188 e 242 do mesmo Código.

III – DO PREPARO

O recorrente averba que cumpriu a exigência de realização do preparo, prevista no art. 511 do CPC, o qual se fez de modo adequado, conforme se comprova no doc. ... ora anexado, demonstrando a devida guia de recolhimento.

IV – DOS DEMAIS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

O apelante registra que todos os demais requisitos de admissibilidade recursal intrínsecos e extrínsecos foram devidamente cumpridos. Quanto ao cabimento do recurso em tela, o mesmo é adequado e plenamente cabível, sendo interposto diante de sentença, nos termos do art. 513 do CPC. A legitimidade também resta observada, sendo o recorrente a parte vencida no processo, respeitado o disposto no art. 499 do CPC. Existe também o interesse recursal, já que o apelante almeja provimento jurisdicional melhor e mais útil do que o que foi consubstanciado na sentença. Averba a inocorrência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer, certificando que não houve, em qualquer momento, aceitação, renúncia ou desistência, não se enquadrando nas hipóteses dos arts. 501, 502 e 503 do CPC. Por fim, assevera que a regularidade formal resta devidamente observada, destacando o respeito aos proclames do art. 514 do *codex* processual magno. Pede, portanto, V. Exa. confirme novamente a admissibilidade recursal, conhecendo do mesmo, e passe à análise do mérito no presente recurso.

V – DO DIREITO. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO DE REFORMA (OU, SE FOSSE O CASO, DE ANULAÇÃO)

VI – DO PEDIDO

O apelante pede possa V. Exa. dar provimento ao presente recurso, para fins de conceder novo provimento jurisdicional, nos termos do disposto no art. 514, III, do CPC, substitutivo daquele pronunciado na sentença prolatada e ora atacada, reformando-a integralmente, para fins de reconhecer o bom direito do recorrente e assim declarar ...

Em face do exposto,

Pede deferimento.

Local ... Data...

Advogado ... OAB ...

RECURSO.
APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Exmo. Sr. Dr. Juiz da ... Vara (do ajuizamento da ação – Fazenda Pública / Cível / Especializada / Única) da Comarca do Município ...

Mandado de Segurança

Recorrente: Município do Rio de Janeiro

Recorrido: Pedro Barretto

(10 linhas)

Município do Rio de Janeiro, pessoa jurídica de direito público interno, endereço, vem, por meio de seu procurador, instrumento em anexo com qualificações e endereço da Procuradoria para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., nos termos do art. 14 da Lei 12.016/2009, bem como dos arts. 496, I, 508, 511, 513 e seguintes do CPC, interpor o presente

recurso de

APELAÇÃO

em face da emérita sentença prolatada por V. Exa. ... nas folhas n.º ... dos autos da presente ação, em que litiga com Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, CPF e identidade, domicílio e residência, pedindo que possa V. Exa. conhecer do recurso em tela, verificando estarem presentes todos os requisitos de admissibilidade, destacando-se a adequação e a tempestividade, para então, após intimado o recorrido para apresentar contrarrazões, encaminhar para julgamento no colendo Tribunal de Justiça do Estado ...

Em face do exposto,

Pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

DAS RAZÕES RECURSAIS

Egrégio Tribunal de Justiça do estado ...

Exmo. Sr. Dr. Desembargador Presidente, Doutos Desembargadores;

Digníssimo Desembargador Relator;

Ação de Mandado de Segurança

Processo n.º ...

Apelante: Município do Rio de Janeiro

Apelado: Pedro Barretto

I – DO REEXAME NECESSÁRIO E DO CABIMENTO DO PRESENTE RECURSO

Nas sentenças contrárias à Fazenda Pública é obrigatório o reexame necessário, o qual, todavia, não exclui o cabimento da interposição do recurso de Apelação, até mesmo para viabilizar o exercício do direito de defesa.

II – DA TEMPESTIVIDADE

A interposição do recurso em evidência se fez de modo tempestivo, já que dentro do prazo de quinze dias a que se refere o art. 508 do CPC, observado o art. 506 e os arts. 188 e 242 do mesmo Código.

III – DA DESNECESSIDADE DO PREPARO

O recorrente é dispensado dos custos com realização do preparo, vide o benefício de isenção legal previsto no art. 511, § 1.º, do CPC.

IV – DOS DEMAIS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

O apelante registra que todos os demais requisitos de admissibilidade recursal intrínsecos e extrínsecos foram devidamente cumpridos. Quanto ao cabimento do recurso em tela, o mesmo é adequado e plenamente cabível, sendo interposto diante de sentença, nos termos do art. 513 do CPC. A legitimidade também resta observada, sendo o recorrente a parte vencida no processo, respeitado o disposto no art. 499 do CPC. Existe também o interesse recursal, já que o apelante almeja provimento jurisdicional melhor e mais útil do que o que foi consubstanciado na sentença. Averba a inocorrência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer, certificando que não houve, em qualquer momento, aceitação, renúncia ou desistência, não se

enquadrando nas hipóteses dos arts. 501, 502 e 503 do CPC. Por fim, assevera que a regularidade formal resta devidamente observada, destacando o respeito aos proclames do art. 514 do *codex* processual magno. Pede, portanto, V. Exa. confirme novamente a admissibilidade recursal, conhecendo do mesmo, e passe à análise do mérito no presente recurso.

V – DOS FATOS

Os fatos foram...

Por força deles, o impetrante ajuizou o presente Mandado de Segurança, sendo que o Meritíssimo Magistrado na primeira instância julgou procedente a ação, razão pela qual, respeitosamente, o recorrente se insurge por via da apelação em tela.

VI – DO PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO (ART. 558 DO CPC)

Obs.: A sentença que concede a segurança é passível de execução provisória, não possuindo efeito suspensivo, nos termos do art. 14, § 3.º, da Lei 12.016/2009. Tal fato, todavia, não impede que o efeito suspensivo seja requerido.

VII – DO DIREITO. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO DE REFORMA (OU, SE FOSSE O CASO, DE ANULAÇÃO)

VIII – DO PEDIDO

O apelante pede possa V. Exa. dar provimento ao presente recurso, para fins de conceder novo provimento jurisdicional, nos termos do disposto no art. 514, III, do CPC, substitutivo daquele pronunciado na sentença prolatada e ora atacada, reformando-a integralmente, para fins de reconhecer o bom direito do recorrente e assim declarar ...

Em face do exposto,

Pede deferimento.

Local ... Data...

Advogado ... OAB ...

RECURSO.
AGRAVO NA 1.ª INSTÂNCIA.
AGRAVO RETIDO

Exmo. Sr. Dr. Juiz da ... Vara (do ajuizamento da ação – Fazenda Pública / Cível / Especializada / Única) da Comarca do Município ...

Ação Anulatória

Processo n.º ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, autor agravante, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF e Identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., nos termos dos arts. 496, II, 522 e 523 do CPC, interpor o presente

AGRAVO RETIDO

em face da decisão interlocutória ... proferida pelo MM Juiz ..., vide folhas n.º ... dos presentes autos, almejando obter sua reforma/anulação caso não haja a reconsideração, pelo que pede possa V. Exa. conhecer do presente recurso, observando estarem respeitados todos os requisitos de admissibilidade, e, após abrir vistas ao agravado para juntar suas contrarrazões, mantê-lo nos autos para que possa ser reiterado em sede de apelação.

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

DAS RAZÕES RECURSAIS

Egrégio Tribunal de Justiça do Estado ...

Doutos Desembargadores da ... Câmara Cível

Digníssimo Desembargador Relator

I – DO REQUERIMENTO EXPRESSO DE APRECIAÇÃO EM SEDE DE APELAÇÃO. O ART. 523, § 1.º, DO CPC

II – DO PEDIDO DE CONHECIMENTO PRELIMINAR À APELAÇÃO NOS TERMOS DO ART. 523 DO CPC

III – DA TEMPESTIVIDADE. ART. 522 DO CPC

IV – DOS DEMAIS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

V – DOS FATOS

VI – DO DIREITO

VII – DO PEDIDO

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data...

Advogado ... OAB ...

RECURSO.
AGRAVO NA 1.ª INSTÂNCIA.
AGRAVO DE INSTRUMENTO

Egrégio Tribunal de Justiça do Estado ...

Doutos Desembargadores da ... Câmara Cível

Digníssimo Desembargador Relator

Ação Anulatória

Processo n.º ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, autor agravante, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF e Identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante

V. Exa., nos termos dos arts. 496, II, 522, 524, 525, 526, 527 e 558, todos do CPC, interpor o presente

AGRAVO DE INSTRUMENTO

em face da decisão interlocutória ... proferida pelo MM Juiz ..., vide folhas n.º ... dos presentes autos, almejando obter sua reforma/anulação caso não haja a reconsideração, pelo que pede possa V. Exa. conhecer do presente recurso, observando estarem respeitados todos os requisitos de admissibilidade, a destacar a tempestividade, o preparo e a regularidade formal, e, após abrir vistas ao agravado para juntar suas contrarrazões, passar ao julgamento de mérito.

I – DAS RAZÕES RECURSAIS

II – DA TEMPESTIVIDADE E DO PREPARO. ARTS. 511 E 522 DO CPC

III – DOS DEMAIS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

IV – DOS NOMES COMPLETOS E ENDEREÇOS DOS ADVOGADOS. DA OBEDIÊNCIA AO ART. 524, III, DO CPC

V – DAS PEÇAS OBRIGATÓRIAS. DA OBEDIÊNCIA AO ART. 525, I, DO CPC

VI – DAS PEÇAS FACULTATIVAS. DO ART. 525, II, DO CPC

VII – DA OBEDIÊNCIA À REGRA DO ART. 526 DO CPC

VIII – DOS FATOS

IX – DO DIREITO

X – DA TUTELA ANTECIPADA / EFEITO SUSPENSIVO. DO ART. 527, III DO CPC C/C ART. 558 DO CPC

XI – DO PEDIDO

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data...

Advogado ... OAB ...

RECURSO.
AGRAVO.
AGRAVO DE INSTRUMENTO ESPECIAL PARA O STJ.
CAUSAS INTERNACIONAIS – ART. 539, II, “B”
E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC

Egrégio Superior Tribunal de Justiça;

Doutos Ministros;

Digníssimo Ministro Relator

Ação Anulatória

Processo n.º ...

(10 linhas)

Organismo Internacional “ABC”, autor agravante, CNPJ, endereço, atos constitutivos em anexo com todas as suas qualificações necessárias, vem, por meio de seu advogado, procuração em acostada com especificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., nos termos dos arts. 496, II, 522, 524, 525, 526, 527, **539, II, “b” e parágrafo único, e 558, todos do CPC**, bem como do **art. 36, II, da Lei 8.038/1990**, interpor o presente

AGRAVO DE INSTRUMENTO

em face da decisão interlocutória ... proferida pelo MM Juiz Federal ..., vide folhas n.º ... dos presentes autos, almejando obter sua reforma/anulação caso não haja a reconsideração, pelo que pede possa V. Exa. conhecer do presente recurso, observando estarem respeitados todos os requisitos de admissibilidade, a destacar a tempestividade, o preparo e a regularidade formal, e, após abrir vistas ao agravado para juntar suas contrarrazões, passar ao julgamento de mérito.

I – DAS RAZÕES RECURSAIS

II – DA COMPETÊNCIA ESPECIAL DO STJ PARA CONHECER DO PRESENTE RECURSO. DO CABIMENTO DO AGRAVO EM LUGAR DO RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL

III – DA TEMPESTIVIDADE E DO PREPARO. ARTS. 511 E 522 DO CPC

IV – DOS DEMAIS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

V – DOS NOMES COMPLETOS E ENDEREÇOS DOS ADVOGADOS. DA OBEDIÊNCIA AO ART. 524, III, DO CPC

VI – DAS PEÇAS OBRIGATÓRIAS. DA OBEDIÊNCIA AO ART. 525, I, DO CPC

VII – DAS PEÇAS FACULTATIVAS. DO ART. 525, II, DO CPC

VIII – DA OBEDIÊNCIA À REGRA DO ART. 526 DO CPC

IX – DOS FATOS

X – DO DIREITO

XI – DA TUTELA ANTECIPADA / EFEITO SUSPENSIVO. DO ART. 527, III, DO CPC C/C ART. 558 DO CPC

XII – DO PEDIDO

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

RECURSO.
AGRAVO.
AGRAVO ESPECIAL NOS AUTOS PARA O STJ.
AGRAVO POR INADIMISSIBILIDADE
DE RESP – ART. 544 DO CPC
MODELO SIMPLES

Exemplo: Recurso Especial inadmitido em Tribunal de Justiça

Exmo. Sr. Dr. Presidente do Colendo Tribunal de Justiça do Estado ...

Inadmissibilidade de Recurso Especial

Ação Anulatória

Processo n.º ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, autor agravante, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF e Identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., nos termos dos arts. 496, II, **544** e 558, todos do CPC, interpor o presente

RECURSO DE AGRAVO

em face da decisão de inadmissibilidade de Recurso Especial interposto pelo ora agravante, proferida por esse colendo Tribunal, vide folhas n.º ... dos presentes autos, pedindo que V. Exa. possa receber o presente recurso e, após intimar o agravado para apresentar resposta e para que junte as peças que reputar conveniente, possa encaminhar ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça, remetendo-lhe os autos, para que proceda, na forma regimental, ao julgamento de admissibilidade e de mérito.

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

DAS RAZÕES RECURSAIS

Egrégio Superior Tribunal de Justiça;

Doutos Ministros;

Digníssimo Ministro Relator

Agravo por Inadmissibilidade de Recurso Especial

Ação Anulatória

Processo n.º ...

(10 linhas)

I – DA COMPETÊNCIA ESPECIAL DO STJ PARA CONHECER DO PRESENTE RECURSO. DO CABIMENTO DO AGRAVO. ART. 544 DO CPC

II – DA TEMPESTIVIDADE. ART. 544 DO CPC

III – DO RESPEITO AOS DEMAIS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

IV – DA DESNECESSIDADE DE RECOLHIMENTO DE CUSTAS E DESPESAS POSTAIS. ART. 544, § 2.º

V – DO PROCESSAMENTO DO PRESENTE RECURSO NA FORMA REGIMENTAL. ART. 544, § 2.º, DO CPC

VI – DOS FATOS

VII – DO DIREITO

VIII – DA TUTELA ANTECIPADA / EFEITO SUSPENSIVO. DO ART. 527, III, DO CPC C/C ART. 558 DO CPC

IX – DO PEDIDO. DO ART. 544, § 4.º, II, "C", DO CPC

• pedir que seja admitido o Agravo e quanto ao mérito, provido, para fins de admitir a subida do Recurso Especial;

• pedir que, após provido o agravo e admitida a subida do Recurso Especial, se passe ao julgamento de mérito do mesmo, para fins de se dar provimento ao referido Recurso Especial, reformando o Acórdão questionado, proferindo decisão substitutiva.

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

RECURSO.
AGRAVO NOS TRIBUNAIS.
AGRAVO INTERNO DO ART. 545 DO CPC.
JULGAMENTO DO AGRAVO ESPECIAL
NOS AUTOS PELO RELATOR.
AGRAVO INTERNO NO STJ

Exemplo: Agravo Interno no STJ, em face de Acórdão Monocrático do Ministro Relator negando seguimento ao recurso de Agravo interposto contra decisão de inadmissibilidade de Recurso Especial no Tribunal Regional Federal.

Exmo. Sr. Dr. Ministro ... da ... Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, Relator no Recurso de Agravo n. º ...

Agravo Interno

Agravo de Instrumento n.º ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, agravante, já devidamente qualificado nos autos, vem, por meio de seu advogado, procuração também nos autos com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., nos termos do art. 545 do CPC e dos arts ... do Regimento Interno desse Superior Tribunal de Justiça, interpor o presente

AGRAVO INTERNO

em face da decisão monocrática proferida por V. Exa. prolatando acórdão em que negou provimento ao recurso de Agravo de n.º ... interposto pelo ora agravante em face de decisão de inadmissibilidade de Recurso Especial exarada no Tribunal Regional Federal da ... Região, pedindo que possa V. Exa. reconsidere sua decisão nos termos dos argumentos a seguir expostos, ou, não o fazendo, que remeta o presente Agravo para julgamento colegiado nessa douta ... Turma, apresentando o processo em mesa.

I – DAS RAZÕES RECURSAIS

Doutos Ministros da Colenda ... Turma;

Digníssimo Relator;

II – DOS FATOS

• **Texto Sugerido em exemplo:**

O ora agravante interpôs Recurso Especial diante de acórdão prolatado pela ... Turma do Colendo Tribunal Regional Federal da ... Região, sendo que o mesmo não fora admitido. Valendo-se da prerrogativa constante no art. 544 do Código de Processo Civil, interpôs o recurso de Agravo de n.º ... que chegou a essa douta Turma do STJ, no qual houve prolação de acórdão monocrático negando provimento ao recurso, em decisum *da lavra do eminente Ministro ... Entendendo que não merece prosperar a decisão do relator e com apoio no art. 545 do CPC é que vem o agravante pedir a essa emérita Turma que submeta o Agravo de Instrumento à mesa colegiada para julgamento do seu mérito recursal.*

III – DA TEMPESTIVIDADE

• **Texto Sugerido em exemplo:**

O agravante registra que a presente interposição se faz tempestiva, dentro do prazo de cinco dias a que se refere o art. 545 do CPC.

IV – DOS DEMAIS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

• **Texto Sugerido em exemplo:**

O recorrente enfatiza que todos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal restam observados, de modo a não restar comprometida a admissibilidade do presente recurso.

V – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO

VI – DO PEDIDO DE SUBMISSÃO DO RECURSO DE APELAÇÃO A JULGAMENTO COLEGIADO

• **Texto Sugerido em exemplo:**

Pede o recorrente possa ser dado provimento ao presente Agravo Interno para, nos termos dos arts. 545 e 557, §§ 1.º e ٢.º, do CPC, bem como dos arts. ... do Regimento Interno desse Tribunal, ser reformada a decisão monocrática do eminente Ministro Relator, submetendo-se o Agravo Especial interposto nos termos do art. 544 do CPC ao julgamento colegiado na Turma, para que então se possa, provendo o mesmo, admitir a subida do Recurso Especial.

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

RECURSO.
AGRAVO.
AGRAVO INTERNO DO ART. 557, § 1.º, DO CPC.
ACÓRDÃO MONOCRÁTICO DO RELATOR

Exemplo: Agravo Interno em face de Acórdão Monocrático do Desembargador Relator negando seguimento ao recurso de Apelação alegando estar o mesmo em confronto com Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Exmo. Sr. Dr. Desembargador ... da ... Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado ... Relator no Recurso de Apelação n.º ...

Agravo Interno

Apelação Cível n.º ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, agravante, já devidamente qualificado nos autos, vem, por meio de seu advogado, procuração também nos autos com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante V. Exa., nos termos do art. 557, § 1.º, do CPC e dos arts. ... do Regimento Interno desse Tribunal, interpor o presente

AGRAVO INTERNO

em face da decisão monocrática proferida por V. Exa. prolatando acórdão em que negou seguimento ao recurso de Apelação de n.º ... interposto pelo ora agravante, sob o fundamento de ser o mesmo confrontante com entendimento sumulado no colendo STF, pedindo que possa V. Exa. reconsiderar sua decisão nos termos dos argumentos a seguir expostos, ou, não o fazendo, que remeta o presente Agravo para julgamento colegiado nessa douta ... Câmara Cível, apresentando o processo em mesa.

I – DAS RAZÕES RECURSAIS

Doutos Desembargadores da Colenda ... Câmara Cível;

Digníssimo Relator;

II – DOS FATOS

• **Texto Sugerido em exemplo:**

O ora agravante ajuizou a ação ... na qual foi proferida sentença de improcedência pelo MM. Juiz ... na ... Vara ... da Comarca do Município ... Diante do feito interpôs tempestiva e regularmente recurso de Apelação, o qual foi distribuído para essa douta ... Câmara Cível. Ocorre que em decisão que se entende não merecer prosperar, o nobilíssimo Desembargador ... relator para o acórdão, apoiado no art. 557 do CPC, negou, monocraticamente, seguimento ao apelo, sob a fundamentação de que o inconformismo do apelante colidiria com entendimento sumulado no colendo Supremo Tribunal Federal. Não concordando com o entendimento e se valendo do direito firmado no art. 557, § 1.º, do Código de Processo Civil é que vem o agravante pedir a essa emérita Câmara que submeta o recurso infirmador da sentença à mesa colegiada.

III – DA TEMPESTIVIDADE

• **Texto Sugerido em exemplo:**

O agravante registra que a presente interposição se faz tempestiva, dentro do prazo de cinco dias a que se refere o art. 557, § 1.º, do CPC.

IV – DOS DEMAIS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

• **Texto Sugerido em exemplo:**

O recorrente enfatiza que todos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal restam observados, de modo a não restar comprometida a admissibilidade do presente recurso.

V – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO

VI – DO PEDIDO DE SUBMISSÃO DO RECURSO DE APELAÇÃO A JULGAMENTO COLEGIADO

• **Texto Sugerido em exemplo:**

Pede o recorrente possa ser dado provimento ao presente Agravo, reconhecendo-se a inexistência da ventilada

incompatibilidade entre a tese apresentada e o entendimento sumulado no STF, para, nos termos do art. 557, § 1.º, do CPC, bem como dos arts. ... do Regimento Interno desse Tribunal, ser reformada a decisão monocrática do relator de negar seguimento ao recurso de Apelação, e que então seja dado segmento ao mesmo, submetendo-o à mesa para que se proceda ao julgamento colegiado do mérito recursal nessa honrosa Câmara.

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

RECURSO.
EXECUÇÕES FISCAIS DENTRO DA ALÇADA.
EMBARGOS INFRINGENTES DE ALÇADA

MODELO DE EMBARGOS INFRINGENTES DE ALÇADA INTERPOSTOS PELO CONTRIBUINTE EXECUTADO, DIANTE DE DECISÃO DE IMPROCEDÊNCIA NOS EMBARGOS A EXECUÇÃO FISCAL. JUSTIÇA ESTADUAL.

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da ... Vara (competente para a execução fiscal) da Comarca do Município ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, executado embargante, ora embargante recorrente, já devidamente qualificado nos autos da presente ação na forma do art. 282 do CPC, vem, por meio de seu advogado, procuração já anexada nos autos com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosa e tempestivamente, perante V. Exa., nos termos do art. 34 da Lei 6.830/1980, interpor o presente recurso de

EMBARGOS INFRINGENTES DE ALÇADA

em face da honrosa sentença prolatada por V. Exa. nas folhas n.º ... dos presentes autos, contra a qual, todavia, se insurge por meio do recurso em apreço, almejando que V. Exa., após intimar o recorrido para que se manifeste em prazo de dez dias, reconsidere sua decisão, para fins de, dando provimento ao presente recurso, reformá-la, julgando procedentes os Embargos à Execução Fiscal ajuizados pelo recorrente, reconhecendo ser indevida a pretensão executória da recorrida embargada, afirmando pela nulidade do título executivo, extinguindo a execução fiscal e reconhecendo não ser a dívida exequenda oponível ao recorrente, em razão dos fatos e fundamentos recursais a seguir expostos.

I – DA ADEQUAÇÃO DO PRESENTE RECURSO. O VALOR DA ALÇADA, O VALOR DA CAUSA E O NÃO CABIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO

II – DA TEMPESTIVIDADE DA PRESENTE INTERPOSIÇÃO

III – DA DESNECESSIDADE DO PREPARO

IV – DA OBSERVÂNCIA AOS DEMAIS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

V – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA

VI – DO PEDIDO DE REFORMA

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

RECURSO.
RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL.
ROC PARA O STF.
DECISÃO DENEGATÓRIA NO STJ

Exmo. Sr. Dr. Ministro Presidente do Colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ

Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

Processo n.º ...

Caio, (estado civil), (nacionalidade), (profissão), (documento de identidade e CPF), (domicílio e residência), vem, por meio de seu advogado (procuração em anexo com endereço para receber intimações – art. 39, I, do CPC), respeitosamente, perante V. Exa., nos termos do art. 102, II, "a", da CRFB/1988, bem como dos arts. 496, V, 539 e 540 do CPC, e também a Lei 8.038/1990 e, ainda, os arts. 268, 269 e 270 do Regimento Interno do STJ, interpor o presente

RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL

em face de acórdão de caráter denegatório proferido nas folhas n.º ... dos autos do processo n.º ... relativo ao Mandado de Segurança impetrado em face de ato coator da autoridade ... (Ministro de Estado / Comandante das Forças Armadas / o próprio STJ).

Requer possa V. Exa. constatar que todos os pressupostos / requisitos de admissibilidade recursal se encontram devidamente atendidos, dentre eles a tempestividade da interposição e a realização do regular preparo, e, após abertura de vistas ao recorrido para manifestação de contrarrazões, seja o presente Recurso encaminhado em seus normais efeitos ao egrégio Supremo Tribunal federal – STF para que possa julgá-lo.

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

DAS RAZÕES RECURSAIS

Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

Recorrente:

Recorrido:

Processo n.º ...

Colendo STF;

Excelentíssimos Ministros;

Douto Relator;

I – DOS FATOS

II – DO CABIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO E DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAMENTO

III – DA TEMPESTIVIDADE E DO PREPARO

IV – DO RESPEITO A TODOS OS DEMAIS PRESSUPOSTOS/REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

V – DO DIREITO. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO DE REFORMA/ANULAÇÃO DA DECISÃO

VI – DO PEDIDO

Após demonstrados os vícios no acórdão atacado, deixando-se provado que a decisão questionada é contrária ao ordenamento jurídico, pede o conhecimento e o provimento do presente recurso, reformando a decisão proferida no acórdão enfrentado, restabelecendo o equilíbrio na ordem jurídica e preservando a integridade do bom direito do ora recorrente.

Termos em que pede deferimento,

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

RECURSO.
RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL.
ROC PARA O STJ.
SENTENÇA FEDERAL EM CONFLITO INTERNACIONAL.
MUNICÍPIO BRASILEIRO *X* ESTADO ESTRANGEIRO: EXECUÇÃO FISCAL (ART. 105, II, "C", DA CRFB/1988 C/C ART. 539, II, "B", DO CPC)

Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da ... Vara (competente para a Execução Fiscal) da Seção Judiciária do Estado ...

Recurso Ordinário em Face de Sentença

Processo n.º ...

Estado "x", pessoa jurídica de direito público externo, titular de soberania na ordem internacional, vem, por meio de seu advogado (procuração em anexo com endereço para receber intimações – art. 39, I, do CPC), respeitosamente, perante V. Exa., nos termos do art. 105, II, "c", da CRFB/1988, bem como dos arts. 496, V, 539, II, "b", e 540 do CPC, e também a Lei 8.038/1990 e, ainda, os arts. 268, 269 e 270 do Regimento Interno do STJ, interpor o presente

RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL

em face de sentença que julgou procedente Ação de Execução Fiscal proposta pelo Município "y", pessoa jurídica de direito público interno e integrante da Federação brasileira, e negou provimento à defesa apresentada em sede de Exceção de Pré-Executividade oposta pelo executado ora recorrente, prolatada pelo MM Juiz ... na ... Vara ... (em que tramita a Execução Fiscal) nas folhas n.º ... dos autos do processo n.º ... da ação em comento.

Requer possa V. Exa. constatar que todos os requisitos de admissibilidade recursal se encontram devidamente atendidos, dentre eles a tempestividade da interposição e a realização do regular preparo, e, após abertura de vistas ao recorrido para manifestação de contrarrazões, seja o presente Recurso encaminhado em seus normais efeitos ao egrégio Superior Tribunal de Justiça – STJ para que possa julgá-lo no mérito.

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

DAS RAZÕES RECURSAIS
RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL

Recorrente:

Recorrido:

Processo n.º ...

Colendo STJ;

Excelentíssimos Ministros;

Douto Relator;

I – DOS FATOS

II – DO CABIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO E DA COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA JULGAMENTO

III – DA TEMPESTIVIDADE E DO PREPARO

IV – DO RESPEITO A TODOS OS DEMAIS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

V – DO DIREITO. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO DE REFORMA/ANULAÇÃO DA DECISÃO

VI – DO PEDIDO

Pede possa V. Exa., após renovar a admissibilidade recursal, dar provimento ao presente Recurso, para fins de reformar integralmente a sentença infirmada, prolatando acórdão de caráter substitutivo, reconhecendo o direito de gozo do benefício internacional a imunidade de jurisdição e execução por parte da executada ora recorrente, para fins de que a ação de Execução Fiscal seja julgada improcedente.

Termos em que pede deferimento,

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

RECURSO.
RECURSO ESPECIAL PARA O STJ.
DECISÃO FINAL NO TJ

Exmo. Sr. Dr. Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

RECURSO ESPECIAL

Apelação Cível n.º ...

Processo Originário n.º ...

Pedro Barretto, (nacionalidade), (profissão), (documento de identidade / CPF), (domicílio e residência), vem, por meio de seu advogado (procuração em anexo com endereço para os fins do art. 39, I, do CPC), respeitosamente, perante V. Exa., com apoio no art. 105, III, "a", da CRFB/1988, bem como nos arts. 496, VI, 508, 511, 541, 542, 543 e 543-C do CPC, assim como na Lei 8.038/1990 e, ainda, nos arts. 13, IV, 255, 256 e 257 do RISTJ, interpor o presente

RECURSO ESPECIAL

em face de Acórdão proferido pela douta ... Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em julgamento do Recurso de Apelação n.º ..., prolatado nas folhas ... dos autos do processo de n.º ..., pedindo a V. Exa. que receba o presente recurso e verifique que estão presentes todos os pressupostos/requisitos de admissibilidade, em especial a tempestividade, o preparo e o esgotamento das vias recursais, e assim, após abrir vista ao recorrido para apresentar contrarrazões recursais, nos termos do art. 542 do CPC, o encaminhe para o Superior Tribunal de Justiça para fins de apreciação e julgamento.

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB nº ...

RAZÕES RECURSAIS

Egrégio Superior Tribunal de Justiça;

Colenda Turma

Douto relator;

Recurso Especial

Recorrente:

Recorrida:

Apelação Cível n.º ...

Processo Originário n.º ...

I – DO CABIMENTO DO PRESENTE RECURSO. DA COMPETÊNCIA RECURSAL DO STJ

– Citar as alíneas do art. 105, III, da CRFB/1988 (nesse exemplo, a alínea "b").

II – DO PREQUESTIONAMENTO

III – DO ESGOTAMENTO DAS VIAS RECURSAIS CABÍVEIS

IV – DA TEMPESTIVIDADE, DO PREPARO E DOS RESPEITO AOS DEMAIS REQUISITOS INSTRÍNSECOS E EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE

V – DOS FATOS MATERIAIS E PROCESSUAIS

VI – DO DIREITO. DAS RAZÕES DO PEDIDO DE REFORMA

VII – DO PEDIDO

Termos em que pede Deferimento,

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

RECURSO.
RECURSO EXTRAORDINÁRIO – STF.
DECISÃO FINAL NO TJ

Exmo. Sr. Dr. Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Recurso Extraordinário

Apelação Cível n.º ...

Processo Originário n.º ...

Pedro Barretto, (nacionalidade), (profissão), (documento de identidade / CPF), (domicílio e residência), vem, por meio de seu advogado (procuração em anexo com endereço para os fins do art. 39, I, do CPC), respeitosamente, perante V. Exa., com apoio no art. 102, III, "a", da CRFB/1988, 102, III, "d", da CRFB/1988, e 102, § 3.º, da CRFB/1988, bem como nos arts. 496, VII, 508, 511, 541 e 543-A do CPC, assim como na Lei 8.038/1990 e, ainda, nos arts. 13, 21, 322 e seguintes do RISTF, interpor o presente

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

em face de Acórdão proferido pela douta ... Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em julgamento do Recurso de Apelação n.º ..., prolatado nas folhas ... dos autos do processo de n.º ..., pedindo a V. Exa. que receba o presente recurso e verifique que estão presentes todos os pressupostos/requisitos de admissibilidade, em especial a tempestividade, o preparo e o esgotamento das vias recursais, e assim, após abrir vista ao recorrido para apresentar contra razões recursais, nos termos do art. 542 do CPC, o encaminhe para o Supremo Tribunal de Federal para fins de apreciação e julgamento.

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

RAZÕES RECURSAIS

Egrégio Supremo Tribunal Federal;

Colenda Turma

Douto Relator;

Recurso Extraordinário

Recorrente:

Recorrida:

Apelação Cível n.º ...

Processo Originário n.º ...

I – DA PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL

(art. 102, § 3.º, da CRFB/1988 e art. 543-A, §§ 1.º, 2.º e 3.º**, do CPC)**

1.º Passo: afirmar **preliminarmente** que existe repercussão geral na matéria enfrentada, como exige o art. 543-A, § 2.º, do CPC e o art. 102, § 3.º, da CRFB/1988.

2.º Passo: conceituar a noção de repercussão geral, afirmando existência de ***transcendência*** e ***relevância*** na causa. Citar que há existência no caso concreto de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, sendo úteis não apenas para o recorrente, mas sim para interesse de toda a coletividade.

3.º Passo: afirmar que o caso presente se adéqua à exigência do art. 543-A, § 1.º, do CPC e transcrever seu texto na petição.

II – DO CABIMENTO DO PRESENTE RECURSO. DA COMPETÊNCIA RECURSAL DO STF

– Citar as alíneas do art. 102, III, da CRFB/1988 (nesse exemplo, as alíneas “a” e “d”).

III – DO PREQUESTIONAMENTO

1.º Passo: afirmar que toda a matéria a ser alegada no presente recurso foi prequestionada nas instâncias inferiores, havendo pleno respeito ao requisito do prequestionamento.

2.º Passo: comentar o sentido de prequestionamento; citar que não se pretende inovar, já que não se propõe apreciação de novos fatos, novos argumentos e nem se depende de novas provas.

IV – DO ESGOTAMENTO DAS VIAS RECURSAIS CABÍVEIS

– afirmar que todas as vias recursais na instâncias originárias foram esgotadas, não mais sendo cabível qualquer espécie de recurso.

V – DA TEMPESTIVIDADE, DO PREPARO E DOS RESPEITO AOS DEMAIS REQUISITOS INSTRÍNSECOS E EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

– afirmar terem sido recolhidas as devidas verbas relativas ao preparo e ao porte de remessa; tudo de acordo com o art. 511 do CPC; afirmar não ser caso de deserção;

– afirmar que a interposição do recurso se fez no prazo de 15 dias nos termos do art. 508 do CPC;

– afirmar que existe legitimidade e interesse recursal no caso presente;

– afirmar a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer;

– afirmar o respeito à regularidade formal recursal.

VI – DOS FATOS MATERIAIS E PROCESSUAIS

– narrar o resumo dos fatos que fomentaram o ajuizamento originário da ação;

– narrar um resumo dos fatos processuais.

VII – DO DIREITO. DAS RAZÕES DO PEDIDO DE REFORMA

VIII – DO PEDIDO

Termos em que pede Deferimento,

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

RECURSO.
RECURSO EXTRAODRINÁRIO – STF.
RE EM FACE DE SENTENÇA.
EXECUÇÃO FISCAL/CAUSAS DE ALÇADA.
JULGAMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTES DE ALÇADA

MODELO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARA O STF DIANTE DE JULGAMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTES DE ALÇADA COM ADEQUAÇÃO AO ART. 102, III, DA CRFB/1988. JULGAMENTO NA JUSTIÇA FEDERAL.

Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da ... Vara (em que tramita a Execução Fiscal em apreço) da Seção Judiciária do Estado "x"

Recurso Extraordinário

Embargos Infringentes de Alçada n.º ...

Processo Originário n.º ...

Sociedade XY, CNPJ, endereço, atos constitutivos em anexo com todas as qualificações necessárias, vem, por meio de seu advogado (procuração em anexo com endereço para os fins do art. 39, I, do CPC), respeitosamente, perante V. Exa., com apoio no art. 102, III, "a", da CRFB/1988, art. 102, III, "d", da CRFB/1988, e art. 102, § 3.º, da CRFB/1988, bem como no arts. 496, VII, 508, 511, 541 e 543-A do CPC, assim como na Lei 8.038/1990 e, ainda, nos arts. 13, 21, 322 e seguintes do RISTF, interpor o presente

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

em face da sentença prolatada por V. Exa., em julgamento do Recurso de Embargos Infringentes de Alçada n.º ..., prolatado nas folhas ... dos autos, pedindo a V. Exa. que receba o presente recurso e encaminhe para o controle de admissibilidade na Presidência ou Vice-Presidência do egrégio Tribunal Regional Federal da ... Região.

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

Egrégio Tribunal Regional Federal da ... Região

Doutos Desembargadores da Presidência / Vice-Presidência

Digníssimo Desembargador Relator;

Recurso Extraordinário

Embargos Infringentes de Alçada n.º ...

Processo Originário n.º ...

Sociedade XY, CNPJ, endereço, atos constitutivos em anexo com todas as qualificações necessárias, vem, por meio de seu advogado (procuração em anexo com endereço para os fins do art. 39, I, do CPC), respeitosamente, perante V. Exa., com apoio no art. 102, III, "a", da CRFB/1988, art. 102, III, "d", da CRFB/1988, e art. 102, § 3.º, da CRFB/1988, bem como nos arts. 496, VII, 508, 511, 541 e 543-A do CPC, assim como na Lei 8.038/1990 e, ainda, nos arts. 13, 21, 322 e seguintes do RISTF, interpor o presente

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

em face da sentença prolatada pelo MM Juiz ..., condutor do processo na primeira instância na Vara ..., em julgamento do Recurso de Embargos Infringentes de Alçada n.º ..., prolatado nas folhas ... dos autos, pedindo a V. Exa. que receba o presente recurso e verifique que estão presentes todos os requisitos de admissibilidade, em especial o cabimento, a tempestividade, o preparo e o esgotamento das vias recursais, e assim, após abrir vista ao recorrido para apresentar contrarrazões recursais, nos termos do art. 542 do CPC, o encaminhe para o Supremo Tribunal de Federal para fins de apreciação e julgamento.

Termos em que pede deferimento.

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

RAZÕES RECURSAIS

Egrégio Supremo Tribunal Federal;

Colenda Turma

Douto Relator;

Recurso Extraordinário

Recorrente:

Recorrida:

Apelação Cível n.º ...

Processo Originário n.º ...

I – DA PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL

(art. 102, § 3.º, da CRFB/1988 e art. 543-A, §§ 1.º, 2.º e 3.º, do CPC)

1.º Passo: afirmar **preliminarmente** que existe repercussão geral na matéria enfrentada, como exige o art. 543-A, § 2.º, do CPC e o art. 102, § 3.º, da CRFB/1988.

2.º Passo: conceituar a noção de repercussão geral, afirmando existência de ***transcendência*** e ***relevância*** na causa. Citar que

há existência no caso concreto de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, sendo úteis não apenas para o recorrente, mas sim para interesse de toda a coletividade.

3.º Passo: afirmar que o caso presente se adéqua à exigência do art. 543-A, § 1.º, do CPC e transcrever seu texto na petição.

II – DO CABIMENTO DO PRESENTE RECURSO. DA COMPETÊNCIA RECURSAL DO STF

– citar as alíneas do art. 102, III, da CRFB/1988 (nesse exemplo, as alíneas “a” e “d”).

III – DO PREQUESTIONAMENTO

1.º Passo: afirmar que toda a matéria a ser alegada no presente recurso foi prequestionada nas instâncias inferiores, havendo pleno respeito ao requisito do prequestionamento.

2.º Passo: comentar o sentido de prequestionamento; citar que não se pretende inovar, já que não se propõe apreciação de novos fatos, novos argumentos e nem se depende de novas provas.

IV – DO ESGOTAMENTO DAS VIAS RECURSAIS CABÍVEIS

– afirmar que todas as vias recursais na instâncias originárias foram esgotadas, não mais sendo cabível qualquer espécie de recurso.

V – DA TEMPESTIVIDADE, DO PREPARO E DOS RESPEITO AOS DEMAIS REQUISITOS GENÉRICOS INSTRÍNSECOS E EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

– afirmar terem sido recolhidas as devidas verbas relativas ao preparo e ao porte de remessa; tudo de acordo com o art. 511 do CPC; afirmar não ser caso de deserção;

– afirmar que a interposição do recurso se fez no prazo de 15 dias nos termos do art. 508 do CPC;

– afirmar que existe legitimidade e interesse recursal no caso presente;

– afirmar a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer;

– afirmar o respeito à regularidade formal recursal.

VI – DOS FATOS MATERIAIS E PROCESSUAIS

– narrar o resumo dos fatos que fomentaram o ajuizamento originário da ação;

– narrar um resumo dos fatos processuais.

VII – DO DIREITO. DAS RAZÕES DO PEDIDO DE REFORMA

VIII – DO PEDIDO

Termos em que pede Deferimento,

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

PROCESSO ADMINISTRATIVO.
IMPUGNAÇÃO

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE JULGAMENTO DA ... REGIÃO – CIDADE – ESTADO

Notificação Fiscal n.º ...

SOCIEDADE ABC, pessoa jurídica de direito privado, CNPJ, endereço, atos constitutivos em anexo com todas as qualificações necessárias, vem, perante V. Sa., por seus advogados infrafirmados, procuração em anexo com endereço profissional para os fins do disposto no art. 39, I, do CPC, com fundamento nos arts. 14 e seguintes do Decreto 70.235/1972 e nos arts. 40 e seguintes do Decreto 7.574/2011

IMPUGNAR O PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO,

lavrado pelo Ilmo. Sr. Auditor Fiscal ..., de acordo com os fatos e fundamentos a seguir expostos.

I – DA TEMPESTIVIDADE DA DEFESA

II – DOS FATOS

III – DO DIREITO

IV – DO PEDIDO

À vista de todo o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, espera e requer a impugnante seja acolhida a presente impugnação para o fim de assim ser decidido, cancelando-se o débito fiscal reclamado.

Nestes Termos

Pede deferimento.

Local ... data ...

Advogado ... OAB ...

PROCESSO ADMINISTRATIVO.
RECURSO VOLUNTÁRIO

À (1.º / 2.º / 3.º) Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (vide competência de cada Seção, definida por matéria)

Processo n.º ...

Nome, nacionalidade, estado civil, CPF/Identidade, domicílio e residência, vem, respeitosamente, por meio de advogado devidamente constituído no presente processo (procuração em anexo), no prazo legal, com amparo no que dispõe o art. 33 do Decreto 70.235/1972 e os arts. 73 e seguintes do Decreto 7.574/2011, interpor o presente

RECURSO VOLUNTÁRIO

em face da decisão proferida na primeira instância que negou provimento à impugnação de lançamento fiscal / auto de infração

apresentada pelo ora recorrente, pedindo que possa V. Sa. conhecer do presente recurso para fins de, no mérito, dar provimento, com base nos fatos e fundamentos a seguir expostos.

I – DA TEMPESTIVIDADE DA DEFESA

II – DOS FATOS

III – DO DIREITO

IV – DO PEDIDO

À vista de todo o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, requer o recorrente seja conhecido e provido o presente recurso, para fins de reformar a decisão denegatória ora atacada e declarar a invalidação da autuação impugnada, cancelando-se o débito fiscal reclamado.

Termos em que,

Pede deferimento

Local, data.

Advogado/OAB

PROCESSO ADMINISTRATIVO.
RECURSO ESPECIAL

Ao Conselho Superior de Recursos Fiscais

Processo n.º ...

Nome, nacionalidade, estado civil, CPF/Identidade, domicílio e residência, vem, respeitosamente, por meio de advogado devidamente constituído no presente processo (procuração em anexo com qualificações e endereço), vem, respeitosamente, no prazo legal, com amparo no que dispõe o art. 37, § 2.º, II, do Decreto 70.235/1972 e o art. 79 do Decreto 7.574/2011, interpor o presente

RECURSO ESPECIAL

em face da decisão que negou provimento ao recurso voluntário interposto pelo ora recorrente mantendo como válido lançamento fiscal / auto de infração que fora tempestivamente impugnado. Pede seja recebido e provido o presente recurso, com base nos fatos e fundamentos que seguem a seguir expostos.

I – DA TEMPESTIVIDADE DA DEFESA

II – DOS FATOS

III – DO DIREITO

IV – DE PEDIDO

À vista de todo o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, requer a recorrente seja conhecido e provido o presente recurso para o fim de reformar a decisão ora impugnada, declarando a invalidade do lançamento / autuação ora atacados, cancelando-se o débito fiscal reclamado.

Termos em que,

Pede deferimento

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA
PETIÇÕES INICIAIS

MODELO FEDERAL

Excelentíssimo Sr. Dr. Juiz Federal do ... Juizado Especial Federal de ... Estado da ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF e Identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo, com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante Vossa Excelência, nos termos do art. 282 do CPC, dos arts. 165, I, 167, parágrafo único, bem como do art. 168, todos do CTN, e, ainda, das Súmulas 162 e 188 do STJ, bem como do art. 109, I, da CRFB/1988, e das Leis 9.099/1995 e 10.259/2001, ajuizar a presente

AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO

em face do Município ..., pessoa jurídica de direito público interno, endereço e sua respectiva Fazenda Pública Municipal, diante dos fatos e fundamentos a seguir narrados:

I – DOS FATOS

II – DA TEMPESTIVIDADE

O autor da presente afirma que o ajuizamento da ação em tela se faz tempestivo, já que dentro do prazo de 5 anos a que se refere o art. 168 do CTN. Portanto, registra que não ocorreu a prescrição, de sorte a que a pretensão de condenar a ré a ressarcir a quantia indevidamente paga está viva.

III – DO PAGAMENTO INDEVIDO

O autor esclarece que o pagamento indevido se fez na quantia de R$ ..., e relativamente a uma suposta dívida do tributo .... Por oportuno, registra que segue em anexo o comprovante de tal pagamento (doc. ...).

IV – DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

O autor da presente pede possa Vossa Excelência, ao julgar procedente a ação, determinar que se aplique sobre o valor do pagamento indevidamente feito o acréscimo dos juros e correção monetária, na forma da lei. Ademais, que possa observar o art. 167, parágrafo único, do CTN, bem como as Súmulas 162 e 188 do STJ, de sorte a que a correção monetária deve correr desde a data do pagamento indevido, e os juros vencendo a partir do trânsito em julgado da sentença.

V – DO DIREITO

VI – DOS PEDIDOS

a) requer a citação do Réu, na pessoa de seu representante legal, para oferecer resposta;

b) requer a permissão para a produção de todas as provas admissíveis em direito e necessárias para o deslinde da causa;

c) requer a condenação do Réu ao pagamento das verbas sucumbenciais devidas, destacando as custas judiciais e os honorários advocatícios, nos termos do art. 20 do CPC;

d) (RJP) requer julgue procedente a ação para fins de condenar a ré a restituir o valor indevidamente pago já acrescida dos juros e correção monetária, na forma da lei, conforme ante exposto, e com fundamento no art. 167, parágrafo único, do CPC e nas Súmulas 162 e 188 do STJ.

P3

Dá-se a causa o valor de R$ ... (Consoante os arts. 258 a 261 do CPC; valor do pagamento indevido)

Termos em que

Pede Deferimento

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

MODELO ESTADUAL

Excelentíssimo Sr. Dr. Juiz de Direito do ... Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de ... Estado da ...

(10 linhas)

Pedro Barretto, nacionalidade, estado civil, profissão, CPF e Identidade, domicílio e residência, vem, por meio de seu advogado, procuração em anexo, com qualificações e endereço para os fins do art. 39, I, do CPC, respeitosamente, perante Vossa Excelência, nos termos do art. 282 do CPC, dos arts. 165, I, 167, parágrafo único, bem como do art. 168, todos do CTN, e, ainda, das Súmulas 162 e 188 do STJ, e das Leis 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009, ajuizar a presente

AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO

em face do Município ..., pessoa jurídica de direito público interno, endereço e sua respectiva Fazenda Pública Municipal, diante dos fatos e fundamentos a seguir narrados:

I – DOS FATOS

II – DA TEMPESTIVIDADE

O autor da presente afirma que o ajuizamento da ação em tela se faz tempestivo, já que dentro do prazo de 5 anos a que se refere o art. 168 do CTN. Portanto, registra que não ocorreu a prescrição, de sorte que a pretensão de condenar a ré a ressarcir a quantia indevidamente paga está viva.

III – DO PAGAMENTO INDEVIDO

O autor esclarece que o pagamento indevido se fez na quantia de R$ ..., e relativamente a uma suposta dívida do tributo .... Por oportuno, registra que segue em anexo o comprovante de tal pagamento (doc. ...).

IV – DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

O autor da presente pede possa Vossa Excelência, ao julgar procedente a ação, determinar que se aplique sobre o valor do pagamento indevidamente feito o acréscimo dos juros e correção monetária, na forma da lei. Ademais, que possa observar o art. 167, parágrafo único, do CTN, bem como as Súmulas 162 e 188 do STJ, de sorte que a correção monetária deve correr desde a data do pagamento indevido, e os juros vencendo a partir do trânsito em julgado da sentença.

V – DO DIREITO

VI – DOS PEDIDOS

a) requer a citação do Réu, na pessoa de seu representante legal, para oferecer resposta;

b) requer a permissão para a produção de todas as provas admissíveis em direito e necessárias para o deslinde da causa;

c) requer a condenação do Réu ao pagamento das verbas sucumbenciais devidas, destacando as custas judiciais e os honorários advocatícios, nos termos do art. 20 do CPC;

d) (RJP) requer julgue procedente a ação para fins de condenar a ré a restituir o valor indevidamente pago já acrescida dos juros e correção monetária, na forma da lei, conforme ante exposto, e com fundamento no art. 167, parágrafo único, do CPC e nas Súmulas 162 e 188 do STJ.

P3

Dá-se a causa o valor de R$ ... (Consoante os arts. 258 a 261 do CPC; valor do pagamento indevido)

Termos em que

Pede Deferimento

Local ... Data ...

Advogado ... OAB ...

TÍTULO XI

QUADRO-RESUMO DOS FUNDAMENTOS DE AJUIZAMENTO DAS AÇÕES

Embargos à execução/garantia com depósito	arts. 282, CPC c/c os arts. 8.º, 9.º e 16 da Lei 6.830/1980, art. 151, II, CTN
Embargos à execução fiscal/garantia por penhora ou fiança	arts. 282 e 739-A, § 1.º, CPC c/c os arts. 8.º, 9.º e 16 da Lei 6.830/1980
Embargos à execução fiscal sem garantia	arts. 282 e 736 CPC c/c o art. 16 da Lei 6.830/1980
Ação anulatória/pedido de antecipação de tutela	arts. 273, 282 e 585, § 1.º, do CPC, art. 151, V, c/c o art. 156, X, do CTN e art. 38 da Lei 6.830/1980
Ação anulatória/depósito do montante integral	art. 282 do CPC, art. 151, II, c/c o art. 156, X, do CTN e art. 38 da Lei 6.830/1980
Ação anulatória/depósito insuficiente cumulado com pedido de tutela antecipada	arts. 273 e 282 do CPC, c/c os arts. 151, II e V, e também art. 156, X, todos do CTN e art. 38 da Lei 6.830/1980
Mandado de segurança individual/com pedido liminar	art. 282 do CPC, art. 5.º, LXIX, da CRFB/1988 e arts. 6.º e 7.º da Lei 12.016/2009
Mandado de segurança coletivo/com pedido liminar	art. 282 do CPC, art. 5.º, LXX, da CRFB/1988 e arts. 6.º e 7.º da Lei 12.016/2009
Ação declaratória	arts. 4.º e 282 do CPC
Ação declaratória com pedido de tutela antecipada	arts. 4.º, 273 e 282 do CPC
Ação declaratória cumulada com repetitória com pedido de tutela antecipada	arts. 4.º, 273 e 282 do CPC, c/c o art. 165 do CTN
Ação consignatória/bitributação/envolvendo a união	art. 109, I, da CRFB/1988, dos arts. 282, 890, 893 e 895 c/c o art. 47, todos do CPC, bem como arts. 151, II, 156, VIII e X, e 164, III, do CTN
Ação consignatória/bitributação/sem envolver a união	arts. 282, 890, 893 e 895 c/c o art. 47, todos do CPC, bem como arts. 151, II, 156, VIII e X, e 164, III, do CTN
	arts. 282, 890 e 893 do CPC, bem como arts. 151, II,

Ação consignatória/dificuldade de pagamento	156, VIII, e 164, I (ou II – depende do caso) do CTN
Ação de restituição de indébito	art. 282 do CPC, bem como art. 165 do CTN
Ação de restituição/compensação	art. 282 do CPC, bem como dos arts. 165, 156, II, e 170 do CTN
Ação de restituição/compensação/matéria federal	art. 282 do CPC, bem como dos arts. 165, 156, II, e 170 do CTN e art. 66 da Lei 8.383/1991
Apelação cível	nos termos dos arts. 513 e seguintes do Código de Processo Civil, tempestivamente, na forma do art.508, CPC
Exceção de pré-executividade	nos termos do art. 5.º, XXXV e LV, da CRFB/1988, além dos arts. 580, 586 e 618, I, do CPC e ainda os arts. 3.º, parágrafo único, da Lei 6.830/1980 c/c o art. 204, parágrafo único, do CTN

TÍTULO XII

SÚMULAS SELECIONADAS

1. SÚMULAS VINCULANTES

Súmula Vinculante 8 – São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5.º do Decreto-lei n.º 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei n.º 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Súmula Vinculante 19 – A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal.

Súmula Vinculante 21 – É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

Súmula Vinculante 28 – É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.

Súmula Vinculante 29 – É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra.

Súmula Vinculante 31 – É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis.

Súmula Vinculante 32 – O ICMS não incide sobre alienação de salvados de sinistro pelas seguradoras.

2. SÚMULAS TRIBUTÁRIAS NO STF

Súmula 66 – É legítima a cobrança do tributo que houver sido aumentado após o orçamento, mas antes do início do respectivo exercício financeiro.

Súmula 67 – É inconstitucional a cobrança do tributo que houver sido criado ou aumentado no mesmo exercício financeiro.

Súmula 68 – É legítima a cobrança, pelos municípios, no exercício de 1961, de tributo estadual, regularmente criado ou aumentado, e que lhes foi transferido pela Emenda Constitucional 5, de 21.11.1961.

Súmula 69 – A Constituição Estadual não pode estabelecer limite para o aumento de tributos municipais.

Súmula 70 – É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

Súmula 71 – Embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto.

Súmula 73 – A imunidade das autarquias, implicitamente contida no art. 31, V, *a*, da Constituição Federal, abrange tributos estaduais e municipais.

Súmula 74 – O imóvel transcrito em nome de autarquia, embora objeto de promessa de venda a particulares, continua imune de impostos locais. (Inaplicável.)

Súmula 75 – Sendo vendedora uma autarquia, a sua imunidade fiscal não compreende o imposto de transmissão *inter vivos*, que é encargo do comprador.

Súmula 76 – As sociedades de economia mista não estão protegidas pela imunidade fiscal do art. 31, V, *a*, Constituição Federal.

Súmula 77 – Está isenta de impostos federais a aquisição de bens pela Rede Ferroviária Federal.

Súmula 78 – Estão isentas de impostos locais as empresas de energia elétrica, no que respeita às suas atividades específicas.

Súmula 79 – O Banco do Brasil não tem isenção de tributos locais.

Súmula 81 – As cooperativas não gozam de isenção de impostos locais, com fundamento na Constituição e nas leis federais.

Súmula 82 – São inconstitucionais o imposto de cessão e a taxa sobre inscrição de promessa de venda de imóvel, substitutivos do imposto de transmissão, por incidirem sobre ato que não transfere o domínio.

Súmula 83 – Os ágios de importação incluem-se no valor dos artigos importados para incidência do imposto de consumo.

Súmula 84 – Não estão isentos do imposto de consumo os produtos importados pelas cooperativas.

Súmula 85 – Não estão sujeitos ao imposto de consumo os bens de uso pessoal e doméstico trazidos, como bagagem, do exterior.

Súmula 86 – Não está sujeito ao imposto de consumo automóvel usado, trazido do exterior pelo proprietário.

Súmula 87 – Somente no que não colidirem com a Lei 3.244, de 14.8.1957, são aplicáveis acordos tarifários anteriores.

Súmula 88 – É válida a majoração da tarifa alfandegária, resultante da Lei 32.44, de 14.8.1957, que modificou o Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (Gatt), aprovado pela Lei 313, de

30.7.1948.

Súmula 89 – Estão isentas do imposto de importação frutas importadas da Argentina, do Chile, da Espanha e de Portugal, enquanto vigentes os respectivos acordos comerciais.

Súmula 90 – É legítima a lei local que faça incidir o imposto de indústrias e profissões com base no movimento econômico do contribuinte.

Súmula 91 – A incidência do imposto único não isenta o comerciante de combustíveis do imposto de indústrias e profissões.

Súmula 92 – É constitucional o art. 100, II, da Lei 4.563, de 20.2.1957, do Município de Recife, que faz variar o imposto de licença em função do aumento do capital do contribuinte.

Súmula 93 – Não está isenta do imposto de renda a atividade profissional do arquiteto.

Súmula 94 – É competente a autoridade alfandegária para o desconto, na fonte, do imposto de renda correspondente às comissões dos despachantes aduaneiros.

Súmula 95 – Para cálculo do imposto de lucro extraordinário, incluem-se no capital as reservas do ano-base, apuradas em balanço.

Súmula 96 – O imposto de lucro imobiliário incide sobre a venda de imóvel da meação do cônjuge sobrevivente, ainda que aberta a sucessão antes da vigência da Lei 3.470, de 28.11.1958.

Súmula 97 – É devida a alíquota anterior do imposto de lucro imobiliário, quando a promessa de venda houver sido celebrada antes da vigência da lei que a tiver elevado.

Súmula 98 – Sendo o imóvel alienado na vigência da Lei 3.470, de 28.11.1958, ainda que adquirido por herança, usucapião ou a título gratuito, é devido o imposto de lucro imobiliário.

Súmula 99 – Não é devido o imposto de lucro imobiliário, quando a alienação de imóvel adquirido por herança, ou a título gratuito, tiver sido anterior à vigência da Lei 3.470, de 28.11.1958.

Súmula 100 – Não é devido o imposto de lucro imobiliário, quando a alienação de imóvel, adquirido por usucapião, tiver sido anterior à vigência da Lei 3.470, de 28.11.1958.

Súmula 102 – É devido o imposto federal do selo pela incorporação de reservas, em reavaliação de ativo, ainda que realizada antes da vigência da Lei 3.519, de 30.12.1958.

Súmula 103 – É devido o imposto federal do selo na simples reavaliação de ativo, realizada posteriormente à vigência da Lei 3.519, de 30.12.1958.

Súmula 104 – Não é devido o imposto federal do selo na simples reavaliação de ativo anterior à vigência da Lei 3.519, de 30.12.1958.

Súmula 106 – É legítima a cobrança de selo sobre registro de automóveis, na conformidade da legislação estadual.

Súmula 107 – É inconstitucional o imposto de selo de 3%, *ad valorem*, do Paraná, quanto aos produtos remetidos para fora do Estado.

Súmula 108 – É legítima a incidência do imposto de transmissão *inter vivos* sobre o valor do imóvel ao tempo da alienação e não da promessa, na conformidade da legislação local.

Súmula 110 – O imposto de transmissão *inter vivos* não incide sobre a construção, ou parte dela, realizada pelo adquirente, mas sobre o que tiver sido construído ao tempo da alienação do terreno.

Súmula 111 – É legítima a incidência do imposto de transmissão *inter vivos* sobre a restituição, ao antigo proprietário, de imóvel que deixou de servir à finalidade da sua desapropriação.

Súmula 112 – O imposto de transmissão *causa mortis* é devido pela alíquota vigente ao tempo da abertura da sucessão.

Súmula 113 – O imposto de transmissão *causa mortis* é calculado sobre o valor dos bens na data da avaliação.

Súmula 114 – O imposto de transmissão *causa mortis* não é exigível antes da homologação do cálculo.

Súmula 115 – Sobre os honorários do advogado contratado pelo inventariante, com a homologação do juiz, não incide o imposto de transmissão *causa mortis*.

Súmula 116 – Em desquite ou inventário, é legítima a cobrança do chamado imposto de reposição, quando houver desigualdade nos valores partilhados.

Súmula 117 – A lei estadual pode fazer variar a alíquota do imposto de vendas e consignações em razão da espécie do produto.

Súmula 118 – Estão sujeitas ao imposto de vendas e consignações as transações sobre minerais, que ainda não estão compreendidos na legislação federal sobre o imposto único. (Superada)

Súmula 119 – É devido o imposto de vendas e consignações sobre a venda de cafés ao Instituto Brasileiro do Café, embora o lote, originariamente, se destinasse à exportação.

Súmula 124 – É inconstitucional o adicional do imposto de vendas e consignações cobrado pelo Estado do Espírito Santo sobre cafés da cota de expurgo entregues ao Instituto Brasileiro do Café.

Súmula 125 – Não é devido o imposto de vendas e consignações sobre a parcela do imposto de consumo que onera a primeira venda realizada pelo produtor.

Súmula 126 – É inconstitucional a chamada taxa de aguardente, do Instituto do Açúcar e do Álcool.

Súmula 127 – É indevida a taxa de armazenagem, posteriormente aos primeiros trinta dias, quando não exigível o imposto de consumo, cuja cobrança tenha motivado a retenção da mercadoria.

Súmula 128 – É indevida a taxa de assistência médica e hospitalar das Instituições de Previdência Social.

Súmula 129 – Na conformidade da legislação local, é legítima a cobrança de taxa de calçamento.

Súmula 130 – A taxa de despacho aduaneiro (art. 66 da Lei 3.244, de 14.8.1957) continua a ser exigível após o Decreto Legislativo 14, de 25.8.1960, que aprovou alterações introduzidas no Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (Gatt).

Súmula 131 – A taxa de despacho aduaneiro (art. 66 da Lei 3.244, de 14.8.1957) continua a ser exigível após o Decreto Legislativo 14, de 25.8.1960, mesmo para as mercadorias incluídas na vigente Lista III do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (Gatt).

Súmula 132 – Não é devida a Taxa de Previdência Social na importação de amianto bruto ou em fibra.

Súmula 133 – Não é devida a taxa de despacho aduaneiro na importação de fertilizantes e inseticidas.

Súmula 134 – A isenção fiscal para a importação de frutas da Argentina compreende a taxa de despacho aduaneiro e a taxa de Previdência Social.

Súmula 135 – É inconstitucional a taxa de eletrificação de Pernambuco.

Súmula 136 – É constitucional a taxa de estatística da Bahia.

Súmula 137 – A taxa de fiscalização da exportação incide sobre a bonificação cambial concedida ao exportador.

Súmula 138 – É inconstitucional a taxa contra fogo, do Estado de Minas Gerais, incidente sobre prêmio de seguro contra fogo.

Súmula 139 – É indevida a cobrança do imposto de transação a que se refere a Lei 899/1957, art. 58, IV, *e*, do antigo Distrito Federal.

Súmula 140 – Na importação de lubrificantes é devida a taxa de Previdência Social.

Súmula 141 – Não incide a taxa de previdência social sobre combustíveis.

Súmula 142 – Não é devida a taxa de Previdência Social sobre mercadorias isentas do imposto de importação.

Súmula 143 – Na forma da lei estadual, é devido o imposto de vendas e consignações na exportação de café pelo Estado da Guanabara, embora proveniente de outro Estado.

Súmula 144 – É inconstitucional a incidência da taxa de recuperação econômica de Minas Gerais sobre contrato sujeito ao imposto federal do selo.

Súmula 148 – É legítimo o aumento de tarifas portuárias por ato do Ministro da Viação e Obras Públicas.

Súmula 191 – Inclui-se no crédito habilitado em falência a multa fiscal simplesmente moratória.

Súmula 192 – Não se inclui no crédito habilitado em falência a multa fiscal com efeito de pena administrativa.

Súmula 239 – Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores.

Súmula 244 – A importação de máquinas de costura está isenta do imposto de consumo.

Súmula 262 – Não cabe medida possessória liminar para liberação alfandegária de automóvel.

Súmula 274 – É inconstitucional a taxa de serviço contra fogo cobrada pelo Estado de Pernambuco. (Revogada.)

Súmula 276 – Não cabe recurso de revista em ação executiva fiscal.

Súmula 277 – São cabíveis embargos, em favor da Fazenda Pública, em ação executiva fiscal, não sendo unânime a decisão.

Súmula 278 – São cabíveis embargos em ação executiva fiscal contra decisão reformatória da de primeira instância, ainda que unânime.

Súmula 302 – Está isenta da taxa de Previdência Social a importação de petróleo bruto.

Súmula 303 – Não é devido o imposto federal de selo em contrato firmado com autarquia anteriormente à vigência da Emenda Constitucional 5, de 21.11.1961.

Súmula 306 – As taxas de recuperação econômica e de assistência hospitalar de Minas Gerais são legítimas, quando incidem sobre matéria tributável pelo Estado.

Súmula 308 – A taxa de despacho aduaneiro, sendo adicional do imposto de importação, não incide sobre borracha importada com isenção daquele imposto.

Súmula 309 – A taxa de despacho aduaneiro, sendo adicional do imposto de importação, não está compreendida na isenção do imposto de consumo para automóvel usado trazido do exterior pelo proprietário.

Súmula 318 – É legítima a cobrança, em 1962, pela municipalidade de São Paulo, do imposto de indústrias e profissões, consoante as Leis 5.917 e 5.919, de 1961 (aumento anterior à vigência do orçamento e incidência do tributo sobre o movimento econômico do contribuinte).

Súmula 323 – É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

Súmula 324 – A imunidade do art. 31, V, da Constituição Federal não compreende as taxas.

Súmula 326 – É legítima a incidência do imposto de transmissão *inter vivos* sobre a transferência do domínio útil.

Súmula 328 – É legítima a incidência do imposto de transmissão *inter vivos* sobre a doação de imóvel.

Súmula 329 – O imposto de transmissão *inter vivos* não incide sobre a transferência de ações de sociedade imobiliária.

Súmula 331 – É legítima a incidência do imposto de transmissão *causa mortis* no inventário por morte presumida.

Súmula 332 – É legítima a incidência do imposto de vendas e consignações sobre a parcela do preço correspondente aos ágios cambiais.

Súmula 333 – Está sujeita ao imposto de vendas e consignações a venda realizada por invernista não qualificado como pequeno produtor.

Súmula 334 – É legítima a cobrança, ao empreiteiro, do imposto de vendas e consignações, sobre o valor dos materiais empregados, quando a empreitada não for apenas de lavor.

Súmula 336 – A imunidade da autarquia financiadora, quanto ao contrato de financiamento, não se estende à compra e venda entre particulares, embora constantes os dois atos de um só instrumento.

Súmula 348 – É constitucional a criação de taxa de construção, conservação e melhoramento de estradas.

Súmula 350 – O imposto de indústrias e profissões não é exigível de empregado, por falta de autonomia na sua atividade profissional.

Súmula 383 – A prescrição em favor da Fazenda Pública recomeça a correr, por dois anos e meio, a partir do ato interruptivo, mas não fica reduzida aquém de cinco anos, embora o titular do direito a interrompa durante a primeira metade do prazo.

Súmula 418 – O empréstimo compulsório não é tributo, e sua arrecadação não está sujeita à exigência constitucional da prévia autorização orçamentária. (Inaplicável)

Súmula 429 – A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade.

Súmula 435 – O imposto de transmissão *causa mortis* pela transferência de ações é devido ao Estado em que tem sede a companhia.

Súmula 436 – É válida a Lei 4.093, de 24.10.1959, do Paraná, que revogou a isenção concedida às cooperativas por lei anterior.

Súmula 437 – Está isenta da taxa de despacho aduaneiro a importação de equipamento para a indústria automobilística, segundo plano aprovado, no prazo legal, pelo órgão competente.

Súmula 438 – É ilegítima a cobrança, em 1962, da taxa de educação e saúde, de Santa Catarina, adicional do imposto de vendas e consignações.

Súmula 439 – Estão sujeitos à fiscalização tributária ou previdenciária quaisquer livros comerciais, limitado o

Súmula 466 – Não é inconstitucional a inclusão de sócios e administradores de sociedades e titulares de firmas individuais como contribuintes obrigatórios da Previdência Social.

Súmula 467 – A base do cálculo das contribuições previdenciárias, anteriormente à vigência da Lei Orgânica da Previdência Social, é o salário mínimo mensal, observados os limites da Lei 2.755/1956.

Súmula 468 – Após a Emenda Constitucional 5, de 21.11.1961, em contrato firmado com a União, Estado, Município ou autarquia, é devido o imposto federal de selo pelo contratante não protegido pela imunidade, ainda que haja repercussão do ônus tributário sobre o patrimônio daquelas entidades.

Súmula 469 – A multa de cem por cento, para o caso de mercadoria importada irregularmente, é calculada à base do custo de câmbio da categoria correspondente.

Súmula 470 – O imposto de transmissão *inter vivos* não incide sobre a construção, ou parte dela, realizada, inequivocamente, pelo promitente comprador, mas sobre o valor do que tiver sido construído antes da promessa de venda.

Súmula 471 – As empresas aeroviárias não estão isentas do imposto de indústrias e profissões.

Súmula 503 – A dúvida, suscitada por particular, sobre o direito de tributar, manifestado por dois Estados, não configura litígio da competência originária do Supremo Tribunal Federal.

Súmula 532 – É constitucional a Lei 5.043, de 21.6.1966, que concedeu remissão das dívidas fiscais oriundas da falta de oportuno pagamento de selo nos contratos particulares com a caixa econômica e outras entidades autárquicas.

Súmula 533 – Nas operações denominadas “crediários”, com emissão de vales ou certificados para compras e nas quais, pelo financiamento, se cobram, em separado, juros, selos e outras despesas, incluir-se-á tudo no custo da mercadoria e sobre esse preço global calcular-se-á o imposto de vendas e consignações.

Súmula 534 – O imposto de importação sobre o extrato alcoólico de malte, como matéria-prima para fabricação de *whisky*, incide à base de 60%, desde que desembarcado antes do Decreto-lei 398, de 30.12.1968.

Súmula 535 – Na importação, a granel, de combustíveis líquidos é admissível a diferença de peso, para mais, até 4%, motivada pelas variações previstas no Decreto-lei 1.028, de 4.1.1939, art. 1.º.

Súmula 536 – São objetivamente imunes ao imposto sobre circulação de mercadorias os “produtos industrializados”, em geral, destinados à exportação, além de outros, com a mesma destinação, cuja isenção a lei determinar.

Súmula 537 – É inconstitucional a exigência de imposto estadual do selo, quando feita nos atos e instrumentos tributados ou regulados por lei federal, ressalvado o disposto no art. 15, § 5.º, da Constituição Federal de 1946.

Súmula 538 – A avaliação judicial para o efeito do cálculo das benfeitorias dedutíveis do imposto sobre lucro imobiliário independe do limite a que se refere a Lei 3.470, de 28.11.1958, art. 8.º, parágrafo único.

Súmula 539 – É constitucional a lei do município que reduz o imposto predial urbano sobre imóvel ocupado pela residência do proprietário, que não possua outro.

Súmula 540 – No preço da mercadoria sujeita ao imposto de vendas e consignações, não se incluem as despesas de frete e carreto.

Súmula 541 – O imposto sobre vendas e consignações não incide sobre a venda ocasional de veículos e equipamentos usados, que não se insere na atividade profissional do vendedor, e não é realizada com o fim de lucro, sem caráter, pois, de comercialidade.

Súmula 543 – A Lei 2.975, de 27.11.1965, revogou, apenas, as isenções de caráter geral, relativas ao imposto único sobre combustíveis, não as especiais, por outras leis concedidas.

Súmula 544 – Isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas.

Súmula 545 – Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.

Súmula 546 – Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte *de jure* não recuperou do contribuinte *de facto* o *quantum* respectivo.

Súmula 547 – Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

Súmula 548 – É inconstitucional o Decreto-lei 643, de 19.6.1947, art. 4.º, do Paraná, na parte que exige selo proporcional sobre atos e instrumentos regulados por lei federal.

Súmula 549 – A taxa de bombeiros do Estado de Pernambuco é constitucional, revogada a Súmula 274.

Súmula 550 – A isenção concedida pelo art. 2.º da Lei 1.815/1953, às empresas de navegação aérea não compreende a taxa de melhoramento de portos, instituída pela Lei 3.421/1958.

Súmula 551 – É inconstitucional a taxa de urbanização da Lei 2.320, de 20.12.1961, instituída pelo Município de Porto Alegre, porque seu fato gerador é o mesmo da transmissão imobiliária.

Súmula 553 – O Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM) é contribuição parafiscal, não sendo abrangido pela imunidade prevista na letra *d*, III, do art. 19 da Constituição Federal.

Súmula 565 – A multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência.

Súmula 583 – Promitente comprador de imóvel residencial transcrito em nome de autarquia é contribuinte do imposto predial territorial urbano.

Súmula 584 – Ao imposto de renda calculado sobre os rendimentos do ano-base, aplica-se a lei vigente no exercício financeiro em que deve ser apresentada a declaração.

Súmula 585 – Não incide o imposto de renda sobre a remessa de divisas para pagamento de serviços prestados no exterior, por empresa que não opera no Brasil. (Inaplicável)

Súmula 586 – Incide imposto de renda sobre os juros remetidos para o exterior, com base em contrato de mútuo.

Súmula 587 – Incide imposto de renda sobre o pagamento de serviços técnicos contratados no exterior e prestados no Brasil.

Súmula 588 – O imposto sobre serviços não incide sobre os depósitos, as comissões e taxas de desconto, cobrados pelos estabelecimentos bancários.

Súmula 589 – É inconstitucional a fixação de adicional progressivo do imposto predial e territorial urbano em função do número de imóveis do contribuinte.

Súmula 590 – Calcula-se o imposto de transmissão *causa mortis* sobre o saldo credor da promessa de compra e venda de imóvel, no momento da abertura da sucessão do promitente vendedor.

Súmula 591 – A imunidade ou a isenção tributária do comprador não se estende ao produtor, contribuinte do imposto sobre produtos industrializados.

Súmula 595 – É inconstitucional a taxa municipal de conservação de estradas de rodagem cuja base

de cálculo seja idêntica à do imposto territorial rural.

Súmula 609 – É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal.

Súmula 615 – O princípio constitucional da anualidade (§ 29 do art. 153 da Constituição Federal) não se aplica à revogação de isenção do ICM.

Súmula 656 – É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o Imposto de Transmissão *Inter Vivos* de bens imóveis – ITBI com base no valor venal do imóvel.

Súmula 657 – A imunidade prevista no art. 150, VI, *d*, da Constituição Federal abrange os filmes e papéis fotográficos necessários à publicação de jornais e periódicos.

Súmula 658 – São constitucionais os arts. 7.º da Lei 7.787/1989 e 1.º da Lei 7.894/1989 e da Lei 8.147/1990, que majoraram a alíquota do Finsocial, quando devida a contribuição por empresas dedicadas exclusivamente à prestação de serviços.

Súmula 659 – É legítima a cobrança da Cofins, do PIS e do Finsocial sobre as operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.

Súmula 660 – Não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto.

Súmula 661 – Na entrada de mercadoria importada do exterior, é legítima a cobrança do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro.

Súmula 662 – É legítima a incidência do ICMS na comercialização de exemplares de obras cinematográficas, gravados em fitas de videocassete.

Súmula 663 – Os §§ 1.º e 3.º do art. 9.º do Decreto-lei 406/1968 foram recebidos pela Constituição.

Súmula 664 – É inconstitucional o inciso V do art. 1º da Lei 8.033/1990, que instituiu a incidência do imposto nas operações de crédito, câmbio e seguros – IOF sobre saques efetuados em caderneta de poupança.

Súmula 665 – É constitucional a taxa de fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários instituída pela Lei 7.940/1989.

Súmula 666 – A contribuição confederativa de que trata o art. 8.º, IV, da Constituição, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo.

Súmula 667 – Viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa.

Súmula 668 – É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.

Súmula 669 – Norma legal que altera o prazo de recolhimento da obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade.

Súmula 670 – O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.

Súmula 724 – Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, *c*, da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades.

Súmula 730 – A imunidade tributária conferida a instituições de assistência social sem fins lucrativos pelo art. 150, VI, *c*, da Constituição, somente alcança as entidades fechadas de previdência social privada se não houver contribuição dos beneficiários.

Súmula 732 – É constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/1996.

Súmula 734 – Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal.

Súmula 735 – Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.

3. SÚMULAS DO STJ

Súmula 20 – A mercadoria importada de país signatário do GATT é isenta do ICM, quando contemplado com esse favor o similar nacional.

Súmula 68 – A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS.

Súmula 71 – O bacalhau importado de país signatário do GATT é isento do ICM.

Súmula 94 – A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL.

Súmula 95 – A redução da alíquota do imposto sobre produtos industrializados ou do imposto de importação não implica redução do ICMS.

Súmula 112 – O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro.

Súmula 129 – O exportador adquire o direito de transferência de crédito do ICMS quando realiza a exportação do produto e não ao estocar a matéria-prima.

Súmula 138 – O ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis.

Súmula 139 – Cabe à Procuradoria da Fazenda Nacional propor execução fiscal para cobrança de credito relativo ao ITR.

Súmula 155 – O ICMS incide na importação de aeronave, por pessoa física, para uso próprio.

Súmula 156 – A prestação de serviço de composição gráfica, personalizada e sob encomenda, ainda que envolva fornecimento de mercadorias, está sujeita, apenas, ao ISS.

Súmula 160 – É defeso, ao município, atualizar o IPTU, mediante decreto, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária.

Súmula 162 – Na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido.

Súmula 163 – O fornecimento de mercadorias com a simultânea prestação de serviços em bares, restaurantes e estabelecimentos similares constitui fato gerador do ICMS a incidir sobre o valor total da operação.

Súmula 166 – Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Súmula 167 – O fornecimento de concreto, por empreitada, para construção civil, preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas a caminhões, é prestação de serviço, sujeitando-se apenas à incidência do ISS.

Súmula 178 – O INSS não goza de isenção do pagamento de custas e emolumentos, nas ações acidentárias e de benefícios propostas na Justiça Estadual.

Súmula 184 – A microempresa de representação comercial é isenta do imposto de renda.

Súmula 185 – Nos depósitos judiciais, não incide o imposto sobre operações financeiras.

Súmula 188 – Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença.

Súmula 198 – Na importação de veículo por pessoa física, destinado a uso próprio, incide o ICMS.

Súmula 212 – A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória.

Súmula 213 – O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.

Súmula 215 – A indenização recebida pela adesão a programa de incentivo à demissão voluntária não está sujeita à incidência do imposto de renda.

Súmula 237 – Nas operações com cartão de crédito, os encargos relativos ao financiamento não são considerados no cálculo do ICMS.

Súmula 251 – A meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal.

Súmula 262 – Incide o imposto de renda sobre o resultado das aplicações financeiras realizadas pelas cooperativas.

Súmula 274 – O ISS incide sobre o valor dos serviços de assistência médica, incluindo-se neles as refeições, os medicamentos e as diárias hospitalares.

Súmula 276 – (CANCELADA) As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado.

Súmula 307 – A restituição de adiantamento de contrato de câmbio, na falência, deve ser atendida antes de qualquer crédito.

Súmula 314 – Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente.

Súmula 334 – O ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à Internet.

Súmula 350 – O ICMS não incide sobre o serviço de habilitação de telefone celular.

Súmula 351 – A alíquota de contribuição para o Seguro de Acidente do Trabalho (SAT) é aferida pelo grau de risco desenvolvido em cada empresa, individualizada pelo seu CNPJ, ou pelo grau de risco da atividade preponderante quando houver apenas um registro.

Súmula 353 – As disposições do Código Tributário Nacional não se aplicam às contribuições para o FGTS.

Súmula 355 – É válida a notificação do ato de exclusão do programa de recuperação fiscal do Refis pelo Diário Oficial ou pela Internet.

Súmula 360 – O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo.

Súmula 373 – É ilegítima a exigência de depósito prévio para admissibilidade de recurso administrativo.

Súmula 386 – São isentas de imposto de renda as indenizações de férias proporcionais e o respectivo adicional.

Súmula 391 – O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.

Súmula 392 – A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução.

Súmula 393 – A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.

Súmula 394 – É admissível, em embargos à execução, compensar os valores de imposto de renda retidos indevidamente na fonte com os valores restituídos apurados na declaração anual.

Súmula 395 – O ICMS incide sobre o valor da venda a prazo constante da nota fiscal.

Súmula 396 – A Confederação Nacional da Agricultura tem legitimidade ativa para a cobrança da contribuição sindical rural.

Súmula 397 – O contribuinte do IPTU é notificado do lançamento pelo envio do carnê ao seu endereço.

Súmula 399 – Cabe à legislação municipal estabelecer o sujeito passivo do IPTU.

Súmula 400 – O encargo de 20% previsto no DL n. 1.025/1969 é exigível na execução fiscal proposta contra a massa falida.

Súmula 406 – A Fazenda Pública pode recusar a substituição do bem penhorado por precatório.

Súmula 409 – Em execução fiscal, a prescrição ocorrida antes da propositura da ação pode ser decretada de ofício (art. 219, § 5.º, do CPC).

Súmula 411 – É devida a correção monetária ao creditamento do IPI quando há oposição ao seu aproveitamento decorrente de resistência ilegítima do Fisco.

Súmula 412 – A ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil.

Súmula 414 – A citação por edital na execução fiscal é cabível quando frustradas as demais modalidades.

Súmula 423 – Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins incide sobre as receitas provenientes das operações de locação de bens móveis.

Súmula 424 – É legítima a incidência de ISS sobre os serviços bancários congêneres da lista anexa ao DL n. 406/1968 e à LC n. 56/1987.

Súmula 430 – O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente

Súmula 431 – É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal.

Súmula 432 – As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais.

Súmula 433 – O produto semielaborado, para fins de incidência de ICMS, é aquele que preenche cumulativamente os três requisitos do art. 1.º da Lei Complementar n. 65/1991.

Súmula 435 – Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

Súmula 436 – A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco.

Súmula 437 – A suspensão da exigibilidade do crédito tributário superior a quinhentos mil reais para opção pelo Refis pressupõe a homologação expressa do comitê gestor e a constituição de garantia por meio do arrolamento de bens.

Súmula 446 – Declarado e não pago o débito tributário pelo contribuinte, é legítima a recusa de expedição de certidão negativa ou positiva com efeito de negativa.

Súmula 447 – Os Estados e o Distrito Federal são partes legítimas na ação de restituição de imposto de renda retido na fonte proposta por seus servidores.

Súmula 460 – É incabível o mandado de segurança para convalidar a compensação tributária realizada pelo contribuinte.

Súmula 461 – O contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado.

Súmula 464 – A regra de imputação de pagamentos estabelecida no art. 354 do Código Civil não se aplica às hipóteses de compensação tributária.

Súmula 490 – A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Súmula 494 – O benefício fiscal do ressarcimento do crédito presumido do IPI relativo às exportações incide mesmo quando as matérias-primas ou os insumos sejam adquiridos de pessoa física ou jurídica não contribuinte do PIS/PASEP.

Súmula 495 – A aquisição de bens integrantes do ativo permanente da empresa não gera direito a creditamento de IPI.

Súmula 497 – Os créditos das autarquias federais preferem aos créditos da Fazenda estadual desde que coexistam penhoras sobre o mesmo bem.

Súmula 498 – Não incide imposto de renda sobre a indenização por danos morais.

Súmula 499 – As empresas prestadoras de serviços estão sujeitas às contribuições ao Sesc e Senac, salvo se integradas noutro serviço social.